J. Pract. 242i

Puchta

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36606323450016

<36606323450016

Bayer. Staatsbibliothek

Über

die Grenzen des Richteramts

in

bürgerlichen Rechtssachen

von

D. Wolfgang Heinrich Puchta,
königl. baierischem Landrichter in Erlangen.

Nürnberg,
in der Riegel und Wießner'schen Buchhandlung.
1819.

Wd.
45. D

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Diese Schrift ist nicht das Produkt bloßer theoretischer Speculation; sie giebt die Resultate der Vergleichung von Theorien mit den Erscheinungen eines lange beobachteten praktischen Lebens, und für dieses ist sie zunächst wieder bestimmt. Ob damit zugleich ein würdiger Beitrag zur Berichtigung einer allerdings noch schwankenden Lehre, und nebenher (was jedoch, wenigstens in Beziehung auf den dermaligen Streit der Prozeßreformatoren und ihrer Gegner, des Verfassers Hauptabsicht nicht war,) einige nicht unbrauchbare Materialien für die Prozeßgesetzgebung geliefert worden, dieß mögen Männer von Metier beurtheilen. Wenn im Leben manches anders aussieht als in der Wissenschaft, auch wohl in der Gesetzgebung, so kann dieß zwar eben sowohl ein Vorwurf für ersteres als für die letztern seyn. Aber man pflegt bei dem Bau eines Wohnhauses nicht zu vergessen, daß bequem darin zu wohnen, die erste und Hauptforderung an das Werk ist. Daß in der Theorie, welche die Grenzen der richterlichen Gewalt gegen die privatrechtliche Freiheit der Parteien bezeichnet, daß in der Stellung des ganzen gemeinrechtlichen

Prozeßgebäudes auf der Grundlage der sogenannten Verhandlungs-Maxime, und besonders in der Durchführung der Grundidee von der Nichtstatthaftigkeit eines absoluten Zwangs zur Rechtsschutzannahme überall strenge Folgerichtigkeit, also in dem Gebäude im Ganzen Symmetrie und Haltung sichtbar ist, wird niemand verkennen. Wenn aber dessen ungeachtet mancher Rechtsschutzbedürftige dabei gerade in einer der für seinen Zweck wesentlichen Partien, da nämlich, wo es auf bequeme Rechtsschutz-Erlangung ankommt, sich beengt sehen, überhaupt im Ganzen manches nicht nach seinen Bedürfnissen eingerichtet finden mag: so mögen dieses eben sowohl diejenigen beherzigen, welche Gesetze geben, als (soviel es ihr Standpunkt erlaubt,) auch diejenigen, welche sie auslegen, damit nicht die Natur des Menschen in die Form gezwängt, sondern diese jener angepaßt werde. —

Unsere Prozeßform wird sich in dem Grade der Vollkommenheit nähern, in welchem es der Selbstsucht, dem Eigennutz und bösen Willen der streitenden Theile und Sachwalter erschwert wird, auf die Dauer und die Resultate der Prozesse nach unrechtlicher Willkühr einzuwirken, in dem Grade ferner, in welchem die vollständige Entwickelung der streitigen Thatsachen durch sachdienliche Vereinfachung des Rechtsganges, besonders durch Beschränkung des schriftlichen, und soviel nur immer thunlich Einführung des (deutschen) mündlichen Verfahrens erleichtert, endlich unnütze Formen ab-

geschafft und sich lediglich auf diejenigen beschränkt wird, welche auf der einen Seite das genügliche rechtliche Gehör der Parteien, und auf der andern die nothwendige Controlle gegen die richterliche Willkühr fordert. — Wollen wir also nur vor allem erstens unser gemeinrechtliches Verfahren von gewissen nur für die Chicane und Verschleppung fruchtbaren Auswüchsen reinigen, überhaupt es dahin zu bringen suchen, daß die Rechtsverfolgung und Vertheidigung weniger als eine, durch die Kunst der Darstellung als vielmehr durch die Macht der Wahrheit zu lösende Aufgabe erscheint; zweitens gewisse, aus dem Grundsatze: daß zur Rechtsschutzannahme kein absoluter Zwang statt finde, mit zu pedantischer Strenge abgeleitete, in der Anwendung zu herbe Theorien mildern, und eine zweckmäßige Annäherung und Verschmelzung der beiderlei — Verhandlungs- und Untersuchungs-Prinzipe versuchen, womit schon in einigen Ländern (cf. §. 42.) gewiß mit Erfolg begonnen worden. — Hierdurch werden wir zwar keine ganz neue, aber eine verbesserte Ordnung des gerichtlichen Verfahrens erhalten, und unser Ziel eher erreichen, als durch Einführung uns ganz neuer Institutionen, die zwar immer da, wo sie schon einmal seit längerer Zeit im Gange sind, unbedingt als die bessern angenommen werden können, ohne daß sie es darum auch uns sind, oder der Streit über ihre Vorzüglichkeit von rein juridischer, also doch immer der Haupt-Seite als zu

deren Vortheil entschieden angenommen werden müßte. Man lasse sich übrigens nicht irre machen durch das Zetergeschrei über geheime Justiz, vehmgerichtliche Proceduren rc. wovon in unsern Tagen die Versammlungssäle der Volksrepräsentanten eben so wie die Visitenzimmer der Damen wiederhallen, und durch all das viele zeitige und unzeitige Reden und Faseln über eine Sache, wovon der größte Theil derer, die sich zum Mitsprechen berufen fühlen, nichts versteht. Es ist nun einmal an der Tagesordnung; „in bunten Bildern wenig Klarheit, viel Irrthum und ein Fünkchen Wahrheit" — so muß es seyn! Man lasse sich auch nicht irre machen durch die gräßlichen Beispiele von heilloser Verschleppung und Beugung des Rechts, die man gegen den gemeinrechtlichen Prozeß anführt; sie beweisen nur, daß dort, woher sie genommen sind, überhaupt gar keine Justiz besteht, und sie werden von nun an bis in Ewigkeit zu finden seyn, wo man schlechte Richter duldet. Die Oeffentlichkeit des Verfahrens nach französischem Schnitte wird der Schamlosigkeit ehrvergessener Richter so wenig allein einen Zügel anlegen, als sie ein allezeit wirksames Reitzmittel wider die feige Gefälligkeit gegen die Gewaltigen seyn wird, zumal wenn die Unabhängigkeit der Rechtspflege nicht von oben herab in Schutz genommen wird. Man hoffe überhaupt nicht zuviel von veränderten Formen allein! — Auch uns thut übrigens Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens noth;

aber ein mündliches Verfahren im Gegensatze von dem Verfahren bloß in Schriftsätzen; und Oeffentlichkeit für diejenigen, denen es zu wissen gebühret, d. h. für die Interessenten. — Es ist hier überall nur vom civilgerichtlichen Verfahren die Rede. — Die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, wie wir sie brauchen, besteht wesentlich darin:

daß der Richter soviel als möglich mit den Parteien unmittelbar verhandelt, und die thatsächlichen Verhältnisse, wo es nur immer seyn kann, ohne das Zwischen-Organ der Sachwalter da schöpft, wo die beste Auskunft zu haben ist, d. h. bei den streitenden Theilen selbst; ferner daß nicht nur die Resultate der Verhandlung in der einfachen Form des Protokolls (wo dieß zureicht) aktenmäßig werden, sondern auch ohne Wissen der Parteien nichts aktenmäßig werde, namentlich auch was die Aufnahme der Beweismittel betrifft, daher auch die Zeugen in der Parteien oder ihrer Anwälte Gegenwart abzuhören heilsam seyn wird; daß endlich die Parteien von der Lage des Streits und den Resultaten der Erörterung zu allen Zeiten Einsicht nehmen können.

Es beschränkt sich also die Oeffentlichkeit, wie wir sie brauchen, keineswegs auf die allerdings unzulängliche Mittheilung der Entscheidungsgründe, welche, wie man richtig bemerkt hat, nur die Resultate des richterlichen Wirkens, nicht das Wirken selbst und die Art desselben kund machen. Sie be-

steht vielmehr darin, daß nichts aktenmäßig sey, und somit als Material der Entscheidung diene, wovon die Partei nicht Wissenschaft hat oder haben kann, nichts, wovon ihre rechtliche Einwirkung, oder, wie man ehehin sagte, die Beobachtung ihrer rechtlichen Nothdurft ausgeschlossen wäre. — Daß endlich alle diejenigen, welche als Richter zu urtheilen haben, von den Verhältnissen des Streits vollständige Kenntniß haben müssen, versteht sich von selbst. Sie haben selbige bisher durch den aktenmäßigen Vortrag des Referenten erhalten. Es ist aber nicht zu leugnen, daß eine vor versammeltem Gericht erfolgte einfache und kunstlose Darstellung des Sachbestandes durch die Parteien oder ihre Advokaten, auch selbst als Vorbereitung auf jenen Vortrag, von ersprießlichem Erfolge seyn dürfte. —

Soviel hier gelegenheitlich über den Gegenstand des großen Streits unserer Tage. Opinionum commenta delet dies; noch manche Meinung darüber, was zu einer soliden Rechtspflege uns noth und nicht noth thut, wird der Strom der Zeit dem Ozean der Vergessenheit überliefern: aber die Wahrheit wird endlich hier wie überall von selbst ihr Recht behaupten.

Erlangen am 1. Juli 1819.

Der Verfasser.

Inhalt.

I. Allgemeine Betrachtungen.

§. 1. Ueber das Interesse des Gegenstandes dieser Abhandlung.

§. 2. Ansichten der Rechtsgelehrten. Literatur.

§. 3. Die Schwierigkeiten dieser Lehre.

§. 4. Allgemeine Ansichten von dem Verhältnisse zwischen Richter und Partei im Civilprozesse.

§, 5. Beziehungen der richterlichen Wirksamkeit 1) als leitend, 2) als ergänzend überhaupt betrachtet.

§. 6. Ordnung der Abhandlung.

II. Die Grenzen des leitenden Richteramts im nichtstreitigen Prozesse.

§. 7. Wichtigkeit dieses Zweigs der Rechtspflege.

§. 8. Was hier der Zweck der richterlichen Einwirkung ist.

§. 9. Auch die gemischt freiwilligen Gerichtshandlungen machen keine Ausnahme.

§. 10. Modalitäten.

III. Die Grenzen des leitenden Richteramts in dem contentiosen Prozesse.

§. 11. Die hier eintretenden Beziehungen.

§. 12. Erste Regel.

§. 13. Zweite Regel.

§. 14. Dritte Regel.

§. 15. Richtungen der richterlichen Thätigkeit gemäß der dritten Regel.

§. 16. Fortsetzung; Gewalt des Richters bei der Beweisführung.

§. 17. Weitere Richtungen der Thätigkeit des Richters nach der dritten Regel.

§. 18. Vierte Regel.

§. 19. Motive.

§. 20. Winke zur Vermeidung von Collisionen bei der richterlichen Fürsorge für unberathene Parteien.

§. 21. Das Gesagte durch ein Beispiel erläutert.

§. 22. Weitere Betrachtungen.

§. 23. Resultate.

IV. Die Grenzen des ergänzenden Richteramtes.

§. 24. Nur das Produkt der gepflogenen Verhandlung kann Gegenstand der Subsumtion unter das Gesetz seyn.

§. 25. Doch ist der zweckmäßige Gebrauch der Thatsachen, den der Richter macht, unabhägig von dem, den die Parteien machen.

§. 26. Erinomenon des Satzes: der Richter kann nicht ultra petitum erkennen.

§. 27. Fortsetzung.

§. 28. Nur aktenmäßige Thatsachen fallen in den Kreis der richterlichen Subsumtion.

§. 29. Wie weit rücksichtlich der Einreden die suppletorische Befugniß des Richters reiche.

§. 30. Rückblicke auf das §. 25. — 29. Erörterte.

§. 31. Ueber das sogenannte richterliche Durchgreifen.

§. 32. Vorstellung der Rechtslehrer.

§. 33. Ansicht des Verfassers.

§. 34. Fortsetzung.

§. 35. Fortsetzung; freiere Bewegung des richterlichen Ermessens 1) in geringfügigen Sachen.

§. 36. 2) besonders bei Schadens-Ermäßigungen.

§. 37. 3) überhaupt in Interessesachen und 4) bei gewissen Kriegsschäden.

V. Ueber die Frage: beschränkt der Prozeß nach dem Untersuchungsprinzip die privatrechtliche Freiheit der streitenden Theile?

§. 38. Der preuß. Civilprozeß ist kein inquisitorisches Verfahren.

§. 39. Ueber die Vernunftmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Untersuchungsprinzips.

§. 40. Fortsetzung.

§. 41. Beweise aus dem Gesetze selbst, daß der preuß. Prozeß die Dispositionsfreiheit nicht gefährdet.

§. 42. Annäherung neuer Prozeßgesetzgebungen an das Untersuchungsprinzip.

VI. Einige Worte über die Trennung der streitigen und nichtstreitigen Rechtssachen im Justizverwaltungs-Organismus.

§. 43. Diese Trennung ist nicht unbedingt realisirbar.

§. 44. 1) Die Vereinigung fördert eine wissenschaftliche Praxis; die Trennung ist ein Hinderniß derselben.

§. 45. 2) Bei Unterbehörden ist die allzuscharfe Trennung der Gewalten weder überall nothwendig noch auch rathsam.

§. 46. 3) Die zu vermeiden gesuchte Collision liegt weder absolut noch einzig in der fraglichen Verbindung.

§. 47. 4) Dem Staate werden neue Lasten aufgebürdet, was nicht bloß in finanzieller Hinsicht bedenklich ist.

§. 48. Resultat.

I. Allge-

BAYERISCHE STAATS BIBLIOTHEK MÜNCHEN

I.

Allgemeine Betrachtungen.

§. 1.

Ueber das Interesse des Gegenstandes dieser Abhandlung.

Die juridischen Weidesprüche: judex non imploratus officium suum non impertitur; — judex ex officio non procedit; — invitis vel non implorantibus judex jus non dicit; — wo kein Kläger, da ist kein Richter u. s. w. sind nicht nur in dem Munde jedes Praktikers, sondern mancher scheint ihnen sogar eine so absolut entscheidende Kraft beizulegen, daß er damit, so oft sichs von den Grenzen der Thätigkeit des Richters in Privatrechtssachen handelt, die Scheidungslinie zwischen disseits und jenseits nun für so ganz ausgemacht, ja für so unverrückbar hält, als wenn sie durch eine Mauer gegen Uebertretungen aus Vorsatz oder Uebereilung gesichert wäre. Allein, was dergleichen sprichwörtlichen Formeln, die nicht selten nur in gewisser Beziehung wahr sind, überhaupt eigen zu seyn pflegt, eben diese Weidesprüche haben nur zu oft schon zu Mißdeutungen und Irrthümern Anlaß gegeben, manchem Richter schon zu einem willkommenen Polster seiner Bequemlichkeit, manchem vielleicht sogar zur vermeinten Entschuldigung einer geflissentlichen Unthätigkeit gedient, deren eigent-cher Beweggrund eben nicht immer sehr lauter gewe-

sen seyn mag. Daß sie als Regeln für die Beseitigung der in vorkommenden Fällen entstehenden Zweifel und Bedenklichkeiten bei weitem unzulänglich, also auch nicht als Amulete gegen den Zauber, der auf den Augen gewisser Praktiker liegt, zu gebrauchen sind, das hat wohl schon jeder Richter, dem es um Gründlichkeit und Wahrheit zu thun ist, in seiner Praxis zu erfahren Gelegenheit gehabt.

Wenn aber Bequemlichkeit oder böser Wille jenen Sentenzen eine zu ungemessene Bedeutung beilegen, so kann aber auch auf der andern Seite der durch ein zu lebhaftes Rechtsgefühl aufgeregte Richter dem Vorwurf einer Ueberschreitung seiner Befugnisse, ja selbst dem der Leidenschaftlichkeit sich aussetzen, wenn er dem entgegengesetzten Extrem zu unbehutsam sich nähert, und von gewissen das s. g. mildrichterliche oder Ergänzungs-Amt begründenden Gesetzen eine zu ungebundene Anwendung macht. In seinem frommen Eifer kann er leicht vergessen, daß er weit sicherer zu leidend sich verhält als zu thätig, einmal, weil die Gesetze den Richter nicht überall verpflichten, wo sie ihn berechtigen [1]), und dann, weil der Mann von Gefühl neun Mal Gefahr läuft ahndungswürdig zu verfahren, bis der Unempfindliche in zehen Fällen nur ein einziges Mal in die Lage kommt, wo er nicht in den Gesetzen den Vertheidiger seines Verhaltens fände.

Je praktischer, ja wichtiger daher diese Materie ist, (wichtig besonders in unsern Tagen, wo verschie-

---

1) Non quidquid júdicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati. L. 40. D. de jud.

dene Regierungen zur Schwächung der Streitlust mit ihren schädlichen Folgen dahin arbeiten, die Zahl der Advokaten vornehmlich auf dem Lande, damit aber nothwendig auch die der Controllen der richterlichen Willkühr zu vermindern), um so mehr verdient sie Aufmerksamkeit, und auch dieser Beitrag zu ihrer Revision mag nicht für überflüssig gehalten werden, was auch für die Berichtigung der Lehre schon von ältern und neuern Rechtslehrern geschehen ist.

§. 2.

Ansichten der Rechtsgelehrten. Literatur.

Ehe ich weiter gehe, sey es mir vergönnt, das wörtlich anzuführen, was drei sonst bewährte Praktiker (in welchen wohl schon mancher Richter Rath und Trost gesucht, auch gefunden hat, nur nicht in dieser Materie) hierüber sagen.

1) F. E. v. Pufendorf[2]) glaubt jeden Zweifel gehoben zu haben, wenn er sagt: quamquam superstitiose existimandum non est, judicem a petitis libelli ne latum quidem unguem discedere oportere, tamen praeter intentionem ipsius actoris in actis declarandam plus ei adjudicare *periculosum* (?) est et vitio nullitatis *vix* caret. Aliud est ex intentione actoris libellum corrigere et emendare, aliud ipsius intentionem egredi, quod permittendum judici vix est; praeterea quod ipse dirimendis tantum litibus praefectus est, adeoque id, de quo nulla controversia intelligitur, decidere

2) in obs. jur. un. T. II. obs. 107.

non debet; et praeterea reo excipiendi facultas adimitur. Reus enim exceptiones suas secundum intentionem in actis declaratam proponit, alias forte objecturus, si ulteriorem actoris intentionem cognovisset.

2) Noch unbefriedigender ist, was C. F. Hommel[3]) hierüber lehrt: Id si judex faciat (was l. un. C. ut quae desunt advocatis etc. vorschreibt) non debet videri, se immiscuisse juribus partium. — Inde in actis contentiosae jurisd. judicum consilia, quibus neglecta supplent, plerique damnabilia putant, quia suppeditans partibus argumenta aut libellum sibi in scriptis porrectum emendans, *inprimis si id faciat amicitiae fervore vel lucri spe* (!!) is advocati non judicis partes sustinere videtur, ut suspicione *non penitus* (wirklich?!) careat. — Nihilominus autem casus incidere possunt ejusmodi, ut in inferioribus potissimum judiciis partibus non consuluisse vitium sit, inprimis si pauper litiget. Sic in causis minutis, si judex libellum ore prolatum ipse consignare et redigere in registraturam debeat, non potest solum, sed etiam debet male prolata in melius vertere, atque tam in factum accurate inquirere, quam melius jus suggerere, atque ita registraturam concipere, ut actio petitoris subsistat. — Multo magis in actibus vol. jurisd. — pertinet ad officium judicis quam maxime minus commode prolatorum emendatio etc. — In actibus autem content. jurisd.

---

3) in Rhaps. Vol. VI. Obs. 739.

suasor sim, ut sine praefulgente et manifesta adversarii fraude neutri succurrat, ne polypragmosinae se reum faciat.

3) Vollends dürftig erscheint, was selbst J. B. v. Wernher[4]) dafür anführt. Denn ausser dem ganz generell hingeworfenen Lehrsatz: daß in reinen Privatsachen der Richter nur aufgefordert thätig seyn dürfe, daß dieß aber in Criminalsachen und in Angelegenheiten der Pupillen und mitleidswürdigen Personen anders sich verhalte, — findet man nichts weiter, als die beinahe scherzhaft lakonischen Entscheidungsgründe der Jurist. Fak. zu Wittenberg: „dieweil aber dennoch diese Erbschaftssache nicht den judicem, sondern lediglich die Parteien angehöret, also demselben sich ex officio zu moviren nicht zukommet, so" ꝛc. ꝛc.

Ausführlich haben diese Lehre abgehandelt:

O. P. Zaunschliffer in tract. de officio judicis suppletorio. Marp. 1682. 4.

J. H. Boehmer in tract. de judice procedente ex officio in causa civili in dessen exercit. ad pand. II. n. 35.

J. M. Renner in der (nicht viel bedeutenden) Abhandl. über die l. un. C. ut quae desunt etc. oder von dem richterl. Erfüllungsamte. Als Anhang zu dessen Medit. ad Schaumburgii princ. prax. jur. jud. Jenae 1784. 8.

v. Gönner in dem Handb. des deutschen gem. Prozesses (2te Aufl.) I. n. X. S. 234.

4) P. IV. Obs. 156.

In seiner Art auch

J. G. Leyser de necessaria sententiae ad libellum conformatione; in *A. Leyser* med. ad pand. Spec. 468.

§. 3.

Die Schwierigkeiten dieser Lehre.

Es ist nicht zu widersprechen, daß die Gesetze keine durchgreifende, alle Zweifel in vorkommenden Fällen beseitigende feste Regel aufgestellt haben, wie weit die positive und die negative Thätigkeit des Richters im Civilprozesse gehe, oder wie weit er von Amtswegen verfahren könne, und wo es schlechterdings des Anrufens der Parteien bedürfe. Die Folge davon für die Praxis ist ein schwankender und unsicherer Zustand, wo der eine Richter zu viel, der andere zu wenig thut, und das richterliche Amt in eine Lage versetzt erscheint, in der es nur mit Mühe, aber nicht immer mit Glück dem Vorwurf entgeht, daß es in den entgegengesetzten Fehler verfalle, während es den einen zu vermeiden sucht. Worin der Grund dieser leidigen Verfassung liegt, ist nicht schwer einzusehen.

Es ist eben so gar leicht nicht, hier eine Regel aufzustellen, die ein Damm gegen die Willkühr wäre, und zugleich auch zur Ermuthigung ängstlicher Zweifelsucht und Bedenklichkeiten diente; es ist so leicht nicht, eine, dem Grundsatze der s. g. Verhandlungs-Maxime gemäße, Grenzlinie zwischen der positiven und negativen Thätigkeit des Civilrichters auszumitteln und jeder dieser beiden Thätigkeitsäusserungen ihre gehörige Sphäre anzuweisen, und vielleicht beweist dieß mehr als irgend etwas anderes, daß die

Verhandlungs- wie die Untersuchungs-Maxime [5]), wo beziehungsweise die negative und positive richterliche Thätigkeit vorherrschend ist, Extreme sind, zwischen welchen das Rechte in der Mitte sich verhält. Immer aber ist, man mag auch die Verhandlungsmaxime mit noch so spitzfindiger Consequenz durchführen, nicht zu leugnen, daß das Verfahren nach dem entgegengesetzten Grundsatze dem Menschen, seiner Art zu denken und seinen kunstlos und einfach, darum aber auch richtig gewürdigten Interessen am meisten zusagt.

Wenn man sich die verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen in dieser Materie: L. 4. §. 8. D. de damno infecto [6]), L. 25. §. 8. de aedil. ed. [7]) mit Rücksicht auf die Verhältnisse und den Wirkungskreis des römischen Judex pedaneus; ferner die L. un. C.

---

5) Man versteht unter Maximen sonst bekanntlich nur subjektive Prinzipien des Handelns, solche, die sich das Subjekt selbst zur Regel macht; also ist die auf das Verhandlungs, (Untersuchungs-) Prinzip gebaute Prozeß-Methode oder die Verhandlungs- rc. Methode, — Weise, wohl richtiger.

6) Hoc judicium certam conditionem habet, si postulatum est; ceterum, qui non postulavit, experiri non potest. Postulare autem proprie hoc dicimus, pro tribunali petere, non alibi.

7) Judici, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecunque in judicio versantur; ea autem, quae ante judicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.

ut quae desunt advocatis etc. [8]); wiederum das merkwürdige c. 6. X. de judiciis [9]), welches in seiner crassen Anwendung alle Ordnung des Verfahrens besonders nach dem Verhandlungs-Prinzip zerstört und das ganze Prozeß-System in seinen Grundfesten erschüttert; endlich die Fiktion einer generellen, die Mängel des speziellen Begehrens ergänzenden, Bitte mittelst der s. g. clausula salutaris [10]) — — wenn man sich diese verschiedenen Bestimmungen gegenwär-

8) Non dubitandum est, judicem, si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et juri publico convenire.

9) Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cujusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem investigare curetis; über welches Gesetz A. D. Weber (von der nat. Verbindlichkeit §. 47. n. 2.) die unsern Praktikern eben nicht zur Ehre gereichende bittere Bemerkung macht, daß mancher Advokat und Prokurator, auch wohl nach Gelegenheit mancher Richter, dem herzlich bange werden sollte, wenn er das eigentliche genus actionis institutae vel instituendae angeben müßte, Ursache habe, hiefür das Andenken des Papstes Alexander III. zu segnen: Tibi molliter ossa quiescant!

10) Der R. A. de 1551. §. 32. bestimmt deßhalb: wenn auch das Begehren der Parteien aus den erzählten Thatsachen rechtlich nicht folgt, es ist aber diese salvatorische Clausel beigefügt, so soll auf die vorgebrachten narrata erkannt werden, was darauf von Rechtswegen zu erkennen sich gebührt, und der Supplikant *in specie* hätte bitten sollen oder mögen.

tig erhält, so muß man glauben, daß sie hauptsächlich durch die Ungeschicklichkeit der Praktiker, vornehmlich durch das Benehmen der Richter veranlaßt wurden, die entweder in ihren Befugnissen ausschweiften, und dadurch zu Beschwerden Anlaß gaben, oder bald aus Bequemlichkeit, bald aus zu weit getriebener Bedenklichkeit anfragten, da wo sie sich selbst hätten bescheiden können und sollen. Daher mag denn auch die für die allgemeine Anwendbarkeit so wenig geeignete Fassung jener Gesetzstellen rühren, indem der Concipient den die Anfrage veranlassenden concreten Fall zu sehr ins Auge faßte, und dadurch verhindert wurde, sich auf denjenigen höhern Standpunkt zu versetzen, von wo aus er allein die verschiedenen Stellungen des Richters gegen über den Parteien und dieser gegen jenen zu überschauen im Stande gewesen wäre. Die aufgestellten Regeln widersprachen sich nun, oder, was leider für die Anwendung gleichviel ist, schienen sich wenigstens zu widersprechen, der Ausnahmen wurden soviele als der Fälle, welche die Regel umfaßte, und so konnte es leicht dahin kommen, daß man nicht mehr recht wußte, was eigentlich die Regel und was die Ausnahme war. Daher bemerkt Böhmer[11]) sehr treffend: Si actor adest, qui litem movet et jus suum prosequitur, regula: „judex ex officio non procedit“, fere plures exceptiones habet, quam exempla sub regula: ut fere illam invertere possis et dicere: regulariter hodie *lite mota* judicem ex officio omnia facere posse, quae ad veritatis indagationem et justitiae administrationem faciunt, *nisi ubi in specie partium implorationem processus hodierni requirunt.*

---

11) in tract. cit. Cap. I. §. XI.

§. 4.

Allgemeine Ansichten von dem Verhältnisse zwischen Richter und Partei im Civilprozesse.

Wenn man sich unter dem Richter im Civilprozesse diejenige Person denkt,

welche von dem Staate mit einem Theile der vollziehenden Gewalt bekleidet ist in der Absicht, den wohlerworbenen Rechten der Staatsbürger untereinander den gesetzlichen Schutz gegen Anfechtungen, auf Verlangen und in dem besonders vorgeschriebenen Wege, zu gewähren;

so entdecken sich uns in diesem Begriffe sogleich zwei wesentliche Merkmale dieses Rechtsschutzes, die unserer Untersuchung zum Leitstern dienen. Es sind dieß die Merkmale

a) des auf Verlangen der Betheiligten,

b) im besonders vorgeschriebenen Wege

ertheilten Schutzes, woraus ich nachstehende Folgerungen ziehe.

I) Wenn der Rechtsschutz in Privatsachen bedingt ist durch das Verlangen desselben von Seiten des Betheiligten, so kann der Richter zum Besten einer Partei nur dann thätig werden, wenn diese, vermöge ihrer Befugniß, ein angefochtenes Recht zu vertheidigen oder aufzugeben, ihn zur Thätigkeit auffordert.

II) Der Richter kann aber auch nicht weiter thätig werden, oder bestimmter: mit seiner Thätigkeit kein anderes Produkt erzielen, als von dem Betheiligten verlangt wird. (Non ultra petita procedit nec jus dicit.)

III) Wenn der Betheiligte, es sey durch welche Handlung oder Unterlassung immer, zu erkennen giebt, daß er den angesprochenen Rechtsschutz nicht weiter verlange, so ist das gerade so viel, als wenn er selbigen gar nicht verlangt hätte.

Auf diesen drei Sätzen beruht die Regel: wo kein Kläger (was nicht bloß von dem gilt, welcher agendo, sondern auch von demjenigen, welcher excipiendo handelt, also auch von dem Beklagten), da ist kein Richter; judex non imploratus officium suum non impertitur.

Der Rechtsschutz wird aber auch (ad b) nur „im besonders vorgeschriebenen Wege" ertheilt. Das Gesetz zeichnet gewisse Modalitäten vor, wie der Richter jenen ertheilen, die Partei ihn erwirken soll. Diese Modalitäten sind die Mittel zum Zwecke des verlangten Rechtsschutzes, und zwar sind sie theils nothwendig, ohne sie der Zweck schlechterdings unerreichbar, theils nur nützlich für denselben.

IV) Der nothwendigen Mittel zum Zwecke kann die Partei sich nicht entschlagen, wenn sie nicht zugleich den Zweck selbst aufgeben will. Dahin gehört alles, was die Gesetze für wesentliche Erfordernisse des Rechtsverfahrens erklärt haben, alles, wodurch die richterliche Thätigkeit für ihren Zweck bedingt, der verlangte Rechtsschutz allein rechtlich möglich ist.

V) Die bloß nützlichen Mittel zum Zwecke hängen dagegen lediglich von der Willkühr der Partei ab, namentlich alles, wodurch sie ihre Angriffs- oder Vertheidigungs-Lage bloß erleichtert oder erschwert. Ob also eine Partei, unter übrigens gleichen Umständen früher oder später kla-

gen; eine zweckmäßigere oder minder zweckmäßige Klage anstellen, (eine ganz inepte gehört in die Categorie ad IV.); ob sie petitorisch klagen will, wo sie possessorisch klagen könnte; ob sie bejahend oder verneinend litem contestiren will (nur eines von beiden muß sie nach dem Grundsatz ad IV.); ob sie dilatorische Einwendungen (mit Ausnahme derjenigen, welche die Competenz des Richters, und wie die exc. deficientis legitimationis, die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens angehen, also nach IV. von Amtswegen zu ergänzen sind) vorschützen, von peremtorischen Einwendungen Gebrauch machen will oder nicht u. s. w.: das alles hängt von ihr ab, und der Richter, der weder Vormund noch Sachwalter der Partei ist, hat sich hierbei lediglich leidend zu verhalten.

Indessen kann die Partei auch in Ansehung der bloß nützlichen Mittel zum Zwecke beschränkt, und dem Richter ausser der Ordnung eine ausgedehntere Befugniß auch dießfalls eingeräumt seyn, und zwar sowohl aus subjektiven, in dem betheiligten Individuum liegenden, als aus objektiven Gründen. Hieraus folgt:

VI) Wenn es der Partei an der erforderlichen Fähigkeit fehlt, ihre Willkühr in Ansehung der nützlichen Mittel für ihren Zweck mit Zuverlässigkeit zu äussern (ob imperitiam et rusticitatem), so tritt nach besondern gesetzlichen Bestimmungen ausser der Ordnung eine positive Thätigkeit des Richters ein. Man rechnet hieher die erweiterte richterliche Gewalt zum Besten einer Partei in Sachen 1) des Heirathsguts, 2) der Pupillen, 3) der mitleidswürdigen Personen überhaupt,

4) der gemeinen Landbewohner. Ich werde in der Folge (§. 16.) hierauf zurückkommen, und bemerke daher hier vorläufig nur, daß ich diese richterliche Gewaltserweiterung eigentlich nur von solchen Rechtssubjekten gelten lassen möchte, die nicht in die Categorie der Tutel- oder Curatelbedürftigen gehören. Denn hier hat man, ohne es vielleicht zu wollen, was dem Richter zufällig als Obervormund obliegt, mit dem vermischt, was von ihm als Richter gefordert werden kann. Für die nicht eigentlich Pflegebedürftigen auf 3 und 4 allein tritt der bemerkte Grund der positiven Thätigkeit ein, und er liegt einzig in der Billigkeit, ja selbst in dem Zweck jeder Rechtspflege, wenn sie auf Gründlichkeit Anspruch machen soll. Die Erfahrung lehrt, daß jene mitleidswürdigen Personen und jene gemeinen Landleute, selbst zu unerfahren, ihr Bestes zu berathen, oft nicht einmal von der Nothwendigkeit sich überzeugen können, sich einen Sachwalter wählen zu müssen. Ueberzeugen sie sich aber auch davon, so scheuen sie den Kostenaufwand, und haben es oft auch Ursache, ohne eben zum Armenrecht geeignet zu seyn. Thäte nun auch das mildrichterliche Amt nichts für sie, sie würden in ihrer beschränkten Lage gegen einen überlegenen Gegner immer den Kürzern ziehen; es würde eine Menge von nützlichen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln und von wohlerlaubten Behelfen für sie verloren gehen, sie also ohne ihre Schuld Unrecht leiden. Und dieß alles müßte der Richter, der gleichwohl zur Handhabung des Rechts berufen ist, mit ansehen, bloß um folgerecht in Beziehung auf gewisse Prinzipien zu bleiben. Hier wäre es doch wohl, wo summum jus mit Recht summa injuria

genannt würde; wo die scheinbar höchste Achtung der menschlichen Freiheit ein wahres Attentat gegen sie begünstigte, indem sie die Menschen wenigstens eines großen Theils der Wohlthaten des bürgerlichen Vereins beraubte. Niemand wird demjenigen einen Injurien-Prozeß an den Hals werfen, der ihn, wenn auch unsanft, bei den Haaren aus den Wellen gezogen, und nur in Spanien hat man ausnahmsweise jenen als Majestätsverbrecher zum Tode verurtheilt, der mit unzarter Hand den heiligen Leib einer Königin berührt hatte, um sie aus den Flammen zu retten. — Das Gesetz erhält also den Richter bei der Wirksamkeit für seinen Zweck, mildert aber das Rauhe und Unwirthbare in den Folgerungen eines herben Prinzips.

VII) Auch objektive Gründe, solche, die nicht zunächst von dem Besten der streitenden Theile ausgehen, können die Willkühr der letztern in der Wahl der Mittel zum Zweck einschränken. Das Gesetz entzieht nämlich bisweilen aus Gründen für das allgemeine Beste den Parteien den willkührlichen Gebrauch der Angriffs- und Vertheidigungsmittel. So kann z. B. in Sachen, wobei das öffentliche Wohl betheiligt und deßhalb eine kürzere Art des Verfahrens angeordnet ist, statt des summarischen nicht der ordentliche Prozeß eingeschlagen werden. Der Kläger kann in Kleinigkeiten, wenn auch mit eigener Aufopferung (durch Uebernahme der dadurch verursachten mehreren Kosten, durch längeres Warten auf die Rechtshülfe u. s. w.) nicht verlangen, daß man statt des mündlichen ein schriftliches Verfahren einleite.

Unter diese Gesichtspunkte gestellt, wird es im Allgemeinen wenigstens schon ziemlich klar, wie sich in Beziehung auf die bürgerliche Rechtsverfolgung und Vertheidigung und auf deren Mittel Richter und Partei gegen einander verhalten müssen, wenn der letztern ihre privatrechtliche Freiheit ohne ungebührliche Beschränkung erhalten, ersterer aber nicht zur kraft- und willenlosen Maschine herabsinken soll.

§. 5.

Beziehungen der richterlichen Wirksamkeit 1) als leitend, 2) als ergänzend überhaupt betrachtet.

Die Grenzen des richterlichen Amts, die wir hier näher prüfen und festsetzen wollen,

> sollen den Umfang der richterlichen Gewalt in Beziehung auf Gegenstände bezeichnen, die zunächst der Willkühr der Privaten unterworfen sind,

und es soll dadurch verhindert werden, daß das richterliche Amt, während es berufen ist,

> entweder möglichen Rechtsverletzungen vorzubeugen,
>
> oder zum Schutze verletzter Rechte zu dienen,

nicht selbst diese Rechte gefährde oder verletze.

Wenn wir uns gleich vernünftiger Weise das Richteramt nie anders als nach dem Zwecke seiner Wirksamkeit, d. h. zur Aufrechthaltung des Rechtsstandes in besondern Fällen und zwar theils *cavendo* theils *judicando* thätig denken können, und hierin schon ein Hauptrichtungspunkt bei der Grenzregulirung einer mit der Freiheit der Partei collidirenden Gewalt sich zeigt: so bieten doch die eigenthümlichen ge-

genseitigen Verhältnisse zwischen Richter und Partei, nnd gewisse Modifikationen, welche dem Amte des erstern, bisweilen sogar auf Kosten der Dispositionsfreiheit der letztern, nothwendig gegeben werden müssen, wenn jenes seinem Zwecke gemäß wirken soll, doch noch manche kritische Seite dar, wo gleichwohl ohne nähere Bestimmung der Grenzen eine schädliche Willkühr unvermeidlich wäre.

§. 6.

Ordnung der Abhandlung.

Das Richteramt ist thätig im Prozeß über Privatrechte, und zwar

a) im nichtstreitigen Prozeß, oder bei dem Verfahren in nichtcontentiosen Rechtsgeschäften;

b) im streitigen (oder im engern Sinn also genannten) Prozeß; hier aber

theils bei der Instruktion,

theils bei der Entscheidung.

Es äussert sich aber sowohl **leitend** als **ergänzend**, und es macht daher nach zweierlei Beziehungen,

einmal als das leitende richterliche Amt — officium judicis directorium —;

und dann als das ergänzende richterliche Amt — o. j. suppletorium —

den Gegenstand unserer Betrachtung aus. Jenes ist ausschließlich thätig bei dem Verfahren in nichtstreitigen Rechtsgeschäften, und bei der Instruktion des streitigen Prozesses, dieses, das ergänzende, nur im letztern und zwar hauptsächlich nur bei der Entscheidung,

ob

ob es gleich schon bei der Prozeßverhandlung, da, wo es auf richterliche Beschlüsse (decreta) ankommt, nicht an Stoff und Gelegenheit zu seiner Wirksamkeit fehlt.

Ich werde nun das richterliche Amt in seinen Begrenzungen gegen die Willkühr der Parteien näher untersuchen, und zwar

1) das leitende bei dem Verfahren im nichtstreitigen, (§. 7 — 10.)

2) im streitigen Prozesse, (§. 11 — 23.)

3) das ergänzende (§. 24. fgg.)

Einige Betrachtungen, wozu sich mir im Verfolge der Schrift Stoff darbietet, namentlich über die Vernunftmäßigkeit des Untersuchungsprincipes, über die Trennung der streitigen und nichtstreitigen Rechtssachen in der Justizverwaltung ꝛc. werden, um den Zusammenhang nicht zu unterbrechen, den Beschluß machen.

II.

Die Grenzen des leitenden Richteramts im nichtstreitigen Prozesse.

§. 7.

Wichtigkeit dieses Zweigs der Rechtspflege.

Man ist gewohnt, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtsgeschäften, oder die Handlungen der s. g. freiwilligen (willkührlichen) Gerichtsbarkeit, welche als mit der Rechtspflege verwandte Gegenstände in Deutschland gewöhnlich den Gerichten erster Instanz übertragen sind, unter die Geschäfte niederer Ordnung einzureihen, sie wohl gar nur für solche zu halten, wobei es größtentheils auf nichts weiter als auf eine gewisse mechanische Ordnung und auf Eigenschaften des Willens ankäme[12]). Ich will

---

12) Nach der neuen Justizorganisation im Großherzogthum Hessen ist auch für diesen Zweig der Justizverwaltung bei seiner Trennung von der Administration der contentiosen Gerichtsbarkeit zweckmäßig gesorgt, damit derselbe nicht bloßen Empirikern und Routiniers anvertraut sey. Zu den Stadt- und Landschreibereien, denen diese Geschäfte zur Besorgung obliegen, sollen nur solche Personen als fähig betrachtet werden, welche nach erhaltenem günstigen Zeugnisse über die auf der Landesuniversität bestandene theoretische Prüfung zwei Jahre eine Land- oder Stadtschreiberei-Stube besucht, oder sich sonst der juristischen Praxis gewidmet, und dann in einem Examen sich genügend über ihre theoretischen und praktischen Kenntnisse ausgewiesen haben. Neue Civilgesetzgeb. für das Großherzogth. Hessen 1s Heft. Darmst. 1818. S. 6.

für jetzt die Gründe dieser Würdigung nicht umständlich untersuchen; die Bemerkung aber gehört wohl hieher, daß es hier so gut als im streitigen Prozesse auf genau bestimmte Regeln ankommt, damit die richterliche Theilnahme nicht in schädliche Willkühr und Parteilichkeit ausarte, oder auf der andern Seite das passive Verhalten des Richters zur gänzlichen Gleichgültigkeit gegen das Schicksal der Parteien werde. Leider ist das letztere Extrem das gewöhnlichere. Man kann davon täglich die Ueberzeugung nehmen, wenn man das gewöhnliche Treiben in den Gerichtsstuben beobachtet. Es ist eine von den Wirkungen des geistlosen Schlendrians, so wie dieser wiederum durch das ewige Einerlei in der Geschäftspflege gewirkt wird, wenn man sich nicht durch die Vorstellung der in jedem einzelnen Falle neu zu erwerbenden Verdienstlichkeit das Interesse für seinen Gegenstand zu erhalten weiß. Und doch stiftet jener Schlendrian hier eben so viel, ja, in Rücksicht auf die Möglichkeit der Verhütung, vielleicht noch mehr Unheil in dem bürgerlichen Verein als ein tumultuarisches Verfahren im streitigen Prozeß oder ein ungerechter Richterspruch. Denn was Ungeschicklichkeit oder böser Wille eines Richters in einem Rechtsstreite übles angerichtet, das können Sachwalter rügen und Oberrichter wieder gut machen. Aber wer ändert die Folgen eines nichtig aufgenommenen, oder nach seinem Inhalte zweifelhaften Testaments, dessen Mängel erst dann zum Vorschein kommen, wenn demjenigen, der zu ihrer Verbesserung erforderlich ist, dem Testirer, der Mund auf immer geschlossen ist? Wer schafft dem Pupillen das durch nachläßige Verwaltung verlorne Gut wieder, wenn Vormünder und Obervormundschaften nicht regreßfähig sind? Wer reparirt die Folgen einer man-

gelhaften Verschreibung, wenn daraus Prozesse entstehen, deren Resultate der Ruin ganzer Familien seyn können? In der That entsteht der größte Theil der Prozesse nicht aus bösem Willen, Habsucht oder Streitlust; es ist der Mangel an richtigen Bestimmungen der Produkte des menschlichen Verkehrs, wenn die Interessenten über ihre Rechte verschiedener Meinung werden. Wie mancher Contrahent, besonders aus der großen Classe der Geschäftsunkundigen, der in der gerichtlichen Leitung treuherzig den Bürgen seiner Sicherheit vor sich zu haben wähnte, ist nicht schon ein Opfer der Hinterlist und des Betrugs geworden, weil der Richter die Grenzen seiner Theilnahmsbefugnisse aus unzeitiger Aengstlichkeit oder aus Bequemlichkeit, auf jeden Fall aber ungebührlich beschränkte, oder das Geschäft den Händen bloßer Routiniers überließ. Also mit bloßen Eigenschaften des Herzens ist's nicht gethan, und man kann auch hier sagen, wie Lessing an einem gewissen Ort sagen läßt: „man ist verzweifelt wenig, wenn man nichts weiter ist als ein ehrlicher Mann."

§. 8.

Was hier der Zweck der richterlichen Einwirkung ist.

Der Zweck der richterlichen Concurrenz bei dem nichtstreitigen Rechtsverfahren ist kein anderer als:

> den neu zu begründenden Rechten eine dem rechtlichen Interesse beider Theile angemessene Form zu geben.

Dieß bestimmt die Stellung des Richters bei diesem Geschäftszweige. Die Wahrung des Interesse beider Theile ist es daher, worauf sein Blick un-

verwandt gerichtet seyn muß. Der Natur der Sache nach erscheint also der Richter hier mehr in einer aktiven als passiven Rolle. Wäre dieß anders, so würde für seine Thätigkeit gar kein Spielraum übrig seyn. Er macht nicht den Richter im strengen Sinn; es ist hier nicht der Ort, wo er mit entscheidender Kraft urtheilt, oder richtet. Er soll leiten, die eigene Bewegung der Partei auf ein gewisses Ziel richten, und sich dabei bemühen, daß sie dieses Ziel ohne Gefahr, ja auf die möglichst leichte Weise erreiche; daher soll er auch rathen, nützliche Regeln des Verhaltens bekannt machen. Da er aber gemeinschaftlicher Freund beider Theile ist, mithin dem Einen thun muß, was er dem Andern thut, so liegt hierin schon die Grenze seiner Thätigkeit, damit sie nicht einseitig sich äussere und in Anwaltschaft ausarte. Der Akt, den der Richter leitet, soll zur rechtlichen Gültigkeit gebracht werden, und wenn dieser nicht einmal den Rathgeber der einen Partei mit Hintansetzung der andern machen darf, so darf er noch viel weniger ein Werkzeug unrechtlicher Vervortheilung werden.

§. 9.

Auch die gemischt freiwilligen Gerichtshandlungen machen keine Ausnahme.

Auch bei den gemischt freiwilligen Gerichtshandlungen (actibus jurisd. vol. mixtae) tritt der Richter in keine andere Sphäre des Wirkens. Denn wenn gleich hier causae cognitio und *decisio* statt findet; so hat diese Entscheidung doch mit der simpeln Aufnahme des Geschäfts bei den actibus jur. vol. merae einerlei Zweck, nämlich die Rechtsgültigkeit des Geschäfts, die dem Interesse

aller Theile angemessen ist. Das Geschäft fordert hier nur eine strengere Prüfung seiner Verhältnisse, besonders in materieller Beziehung. Ein natürlicher oder bürgerlicher Mangel an der persönlichen Fähigkeit der Interessenten soll durch die richterliche Einwirkung ersetzt werden; der Richter soll hierbei aus Pflicht seines Amts so handeln, wie die Partei ihres Privatvortheils wegen gehandelt haben würde, wenn bei ihr nicht jenes Hinderniß der Verstandes- oder Willensfreiheit einträte. Ferner fordert das Geschäft, bei den gemischten, wie bei den reinen nichtstreitigen Handlungen, nur eine eigenthümliche Aeusserung der von dem Richter ausgeübten obrigkeitlichen Gewalt, ich meine den Ausspruch: daß es gültig sey, oder die Bestätigung, welche, wenn sie auch gleich das Rechtsgeschäft, besonders was seine innern Eigenschaften und etwa die Rechte eines Dritten anlangt, nicht über alle Einwendungen erhebt, oder eine Gewährleistung seiner innern Rechtsbeständigkeit ausdrückt, doch eine Vermuthung des gesetzmäßigen Abschlusses begründet und überhaupt gleichsam der Schlußstein des ganzen Geschäftsgebäudes ist. So bestätigt der Richter eine Einkindschaft auf den Grund einer vorhergehenden Untersuchung, weil hier die eigenthümlichen Verhältnisse der Vertragschließenden eine eigenthümliche Fürsorge der Obrigkeit in Anspruch nehmen u. s. w. Sein Ausspruch, seine Thätigkeit umfaßt und befördert aber das Interesse aller Paciscenten, die nicht, wie im Prozesse, verschiedener Meinung sind, sondern deren Absicht gemeinschaftlich dahin gerichtet ist, daß das Geschäft bestehe, und die sich also auch stillschweigend zu den Modifikationen verstehen, welche der Ausdruck von Beschränkungen der einseitigen Willkühr sind, um die Erhaltung der beiderseitigen Will-

führ in ihrem rechtlichen Spielraume möglich zu machen.

§. 10.
Modalitäten.

Die Frage: wie weit geht die Befugniß und die Obliegenheit des Richters bei den Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit? hat also im Grunde keine Schwierigkeit. Hier hat man mehr von einem zu indifferenten Verhalten, als von zu weit getriebener Energie zu besorgen, während im streitigen Prozesse, nach dem Verhandlungsprinzipe besonders, das Verhältniß gerade umgewandt ist. Auch ist hier das Verfahren von Amtswegen die Regel, und es werden wenige Fälle vorkommen, wo der Richter ungebeten sein Amt nicht thun dürfte. Wenn man will, kann man daher auch sagen, daß im nichtstreitigen Prozesse das Untersuchungsprinzip vorherrschend sey.

Sachgemäß sind die Regeln des Verfahrens, welche die preußische Gerichtsordnung im II. Titel des II. Theils vorschreibt, und sie sind so ausführlich, daß sich der Richter nicht nur selbst controlliren, sondern daß auch die Beurtheilung seines Verfahrens in vorkommenden Fällen mit Sicherheit und ohne den Vorwurf erfolgen kann, den der Untere öfters dem Obern macht, daß Willkühr nach Willkühr geahndet worden sey. Aehnliche Instruktionen müssen alle Gesetzgebungen vorschreiben, damit die richterliche Thätigkeit weniger auf der persönlichen größern oder geringern Zuverläßigkeit des Richters, somit auf einer nur zufällig haltbaren Grundlage, als auf festen Bestimmungen beruhe, welche den Bedenklichen durch die Aussicht auf Verantwortungsfreiheit bei der Beobachtung er-

muthigen, der regellosen Willkühr aber Schranken setzen[13]).

Betrachten wir die Stellung des Richters bei der Direktion der nichtstreitigen Rechtsgeschäfte, so finden

---

13) Leider, daß hier die Legislation mancher Länder so wenig als die Doktrin für diesen Verwaltungszweig bisher gethan hat. Herr v. Gönner hat in seinem classischen Handbuch des Prozesses I. Abhandl. V. §. 5. mit Recht gerügt, daß das Verfahren in nichtstreitigen Rechtsgeschäften eine bei dem Vortrage der Prozeßtheorie gewöhnlich ganz vernachläßigte Parthie sey. Er glaubt die Lücke, welche deßfalls bisher alle Schriftsteller im Prozesse ließen, stamme daher, daß sie zu stark am Worte Prozeß hafteten, zu viele Rücksicht auf die richterliche Gewalt in abstracto nahmen, und dabei die deutsche richterliche Gewalt nach unsern ein mal bestehenden positiven Gesetzen übersahen; deßhalb hätten wir keinen Theil im Rechtsunterrichte, der diese Lücke ausfülle. — Allein damit ist noch nicht gesagt: warum dieß also? warum nicht wenigstens ausser Verbindung mit dem Prozeß etwas für dieses Fach geschieht? So bekommen wir ein Prozeß- Lehr- und Handbuch um das andere, und kein einziges über den nichtstreitigen Prozeß. Vielleicht liegt die Ursache in der im Eingang dieses Abschn. (S. 18.) bemerkten zu geringen Würdigung dieser Geschäfte; vielleicht hauptsächlich darin, daß diejenigen, die zu reden wissen, nicht zu schreiben verstehen, und diejenigen, die zu schreiben verstehen, zu wenig von der Praxis dieses Geschäftszweigs wissen, oder: daß die Praktiker zu wenig Theoretiker und die Theoretiker zu wenig Praktiker sind. So bleibt denn diesen Geschäften mit dem ominösen Namen der willkührlichen Gerichtsbarkeit (wollen wir ihn lieber beibehalten!) leider auch das Wesen der Willkühr und ihren Besorgern die Befugniß, es nach Gefallen und Belieben so oder so zu machen.

wir, daß er nach dem Zwecke seiner Wirksamkeit nicht bloß befugt, sondern auch verpflichtet ist:

alles dasjenige zu bewirken,

a) was zu der Ueberzeugung führt, daß ein gewisses Rechtsgeschäft auf eine gewisse Art wirklich zu Stande gekommen, und rechtlich zu Stande kommen konnte,

b) was zur Erhaltung dieser Ueberzeugung durch dessen Beurkundung dient.

Er muß also

1) was die Geschäfte der gemischt freiwilligen Gerichtsbarkeit anlangt, die schlechterdings vor dem zuständigen Richter der Person oder Sache vorgenommen werden müssen, vor allem von seiner Competenz sich vergewissern. Dieß ist also der Fall namentlich bei Emancipationen, Adoptionen, Einkindschaftungen, bei der Absonderung der noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Kinder, bei der Verabfachung eines zur zweiten Ehe schreitenden Ehegatten mit seinen Kindern aus voriger Ehe, bei Vergleichen über künftige Alimente, bei Exemplificationen von Urkunden, bei Veräusserung eines Dotalfundus, bei Veräusserungen und Verpfändungen von Pupillengütern, bei Ehe- und andern Verträgen der gemeinen Bürger und Landleute, besonders über Immobilien [14]. Hier kommt es auf Prüfung und Bestätigung von Seiten des ordentlichen Richters an, wozu nur er aus genauer Kenntniß der sub- und ob-

---

14) Mehreres über diese Fälle s. in m. Schrift: der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentlichen und Privatrechtspraxis. Erl. 1818. §. 21.

jektiven Verhältnisse befähigt ist, und es kann also durchaus keine freiwillige Prorogation des Gerichtsstandes, keine durch Privatwillkühr begründete Competenz Statt finden, ohne den Zweck der gesetzlichen Anordnung einer nothwendigen gerichtlichen Concurrenz wenigstens in den meisten Fällen, wo nicht geradezu zu vereiteln, doch zu erschweren.

Ferner muß der Richter

2) über die subjectiven Verhältnisse derer, die ein Rechtsgeschäft unter seiner Leitung vornehmen, sich vollständige Gewißheit verschaffen: ob sie vertragsfähig sind, ob legitimirt — zur Sache oder zur Geschäftsbesorgung — u. s. w. Er muß ferner

3) von der Zuverlässigkeit und Gewißheit der erklärten Willensmeinung genaue Kenntniß nehmen;

4) das Geschäft nach den gesetzlichen Erfordernissen seiner Gültigkeit mit sorgfältiger Umsicht prüfen;

5) Sorge tragen, daß die dem Geschäft entgegenstehenden Hindernisse gehoben werden, wenn anders nicht die Interessenten nach erhaltener vollständiger Kenntniß von den gesetzlichen Erfordernissen darauf beharren, daß auf ihre Gefahr das Geschäft dennoch vorgenommen werde, wobei es sodann nur darauf ankommt, daß dasselbe nichts absolut gesetzwidriges enthalte, auch nicht ein Dritter dabei Gefahr laufe, dessen Rechte

6) in alle Wege von Amtswegen zu wahren sind. Endlich hat der Richter

7) für eine genaue, unzweifelhafte Fassung der zu errichtenden Urkunde zu sorgen.

Hier (besonders auf 5) ist also der Verzicht der Partei auf gewisse Vorsichtsmaßregeln nicht

schlechthin zureichend, so lange nicht feststeht, daß bestimmt nur sie und sonst niemand dabei betheiligt sey, ob dieses oder jenes näher ausgemittelt, dieser oder jener Anstand der Gültigkeit des Geschäfts gehoben, diese oder jene Förmlichkeit nachgeholt werde. Daß selbst auf ausdrückliches Verlangen einer Partei und wenn auch daraus weiter keine Besorgnisse entstehen, offenbar nichtige Geschäfte nicht vorgenommen werden dürfen, ist nach dem Zwecke der Institution der Gerichte überhaupt von selbst einleuchtend.

III.

Die Grenzen des leitenden Richteramts in dem contentiosen Prozesse.

---

§. 11.

Die hier eintretenden Beziehungen.

Critischer wird die Frage: wo darf der Richter von Amtswegen verfahren? besonders aber:

> wie weit geht seine Befugniß in der Besorgung des rechtlichen Interesse der Parteien?

eigentlich erst im streitigen Prozesse.

Hier muß man sich den Richter vor allen in zwei von einander verschiedenen Stellungen denken:

A) während der Instruktion des Prozesses in der Ausübung seines dirigirenden Amts zum Zwecke der Darlegung und Ausmittelung der streitigen Rechtsverhältnisse;

B) nach geschlossener Verhandlung als erkennenden Richter bei der Vergleichung des Produkts der Instruktion mit allgemeinen gesetzlichen Wahrheiten.

Dort (A) beschäftigt sich seine Sorge hauptsächlich damit, was der Zweck des Prozesses: die ordnungsmäßige Vorlegung (und nach dem Untersuchungsprinzip zugleich die Herstellung einer unzweifelhaften Erkenntniß) der faktischen Verhältnisse des streitigen Falles zum Behuf des richterlichen Ausspruchs, der Subsumtion unter das Gesetz, fordert. Hier (B) nimmt seine Thätigkeit in Anspruch

1) nach dem Verhandlungsprinzip: die Reflexion über das, was an den Thatsachen ausgemittelt (als unstreitig anerkannt oder erwiesen) oder noch auszumitteln ist, und dann die Vergleichung mit dem Gesetz, wovon das Resultat entweder ein definitives oder ein interlocutorisches Erkenntniß (auf Beweis) ist;

2) nach dem Untersuchungsprinzip: schlechthin die Vergleichung ausgemittelter Thatsachen mit dem Gesetz.

Nach dem letztern Prinzip muß also das Resultat schlechterdings ein Definitiv Erkenntniß seyn, indem hier Zwischenbescheide auf Beweis nicht statt finden, wenn schon Ersetzungen des in der Instruktion auch

in Beziehung auf den Beweis Ausgelassenen jedoch nur mittelst eines simpeln Dekrets anzuordnen, namentlich nach dem preuß. Prozeßverfahren, nichts Ungewöhnliches ist.

Wir wollen nun in diesem und in dem folgenden Abschnitte jeden dieser beiderlei Standpunkte für den Zweck dieser Schrift näher betrachten. Daß verschiedene der auf A. vorgetragenen und entwickelten Grundsätze auch auf B. Anwendung finden, und umgewandt, also von der Prozeß-Direktion und Decision zugleich gelten, liegt in der Aehnlichkeit und nahen Verwandtschaft des dekretirenden und des sententionirenden Richteramts.

§. 12.

Erste Regel.

Die Frage: wo muß der Richter bei der Prozeßdirektion von Amtswegen thätig seyn? und wo bedarf es der Aufforderung der streitenden Theile? berührt so verschiedene Verhältnisse, so manche einander entgegengesetzte Befugnisse und Obliegenheiten des Richters von der einen, und der Partei von der andern Seite, daß dieselbe unmöglich mit einer kurzen Formel erschöpfend erledigt werden kann, sondern mehrere Regeln erforderlich sind. Ich glaube deren vier aufstellen zu müssen.

1) Vor allem erscheint uns zur Formirung der ersten Regel die Partei im bürgerlichen Prozesse als ein über sein Eigenthum dispositionsberechtigtes Individuum, der Richter aber als ein solches, dem über jenes Eigenthum keine Verfügung zusteht. Dieß giebt die

erste Regel

Die richterliche Thätigkeit in bürgerlichen Rechtssachen zum Schutze gegen Rechtsverletzungen tritt in Wirkung und beharrt darin nur kraft der Aufforderung der Partei, die sich in dem Zustande des bedrohten oder verletzten Rechts befindet.

Hier gilt also der Grundsatz: judex ex officio non procedit, und derselbe ist nicht weniger bei der Prozeß-Instruktions-Methode nach dem Untersuchungs- als bei der nach dem Verhandlungs-Prinzipe sichtbar. Es ist hier nur der einzige Unterschied, daß jener Grundsatz nach der letztern Methode durch das ganze Verfahren vorherrschend ist, dergestalt, daß in der Regel die Willkühr der Partei in dem, was bloß ihr Bestes bezweckt, nicht nur bei der Einleitung der Rechtshülfe, sondern die ganze Verhandlung hindurch der richterlichen Thätigkeit wirksam gegenüber, ja selbst hemmend entgegen steht, während es nach dem Untersuchungs-Prinzip die Regel ausmacht, daß die Partei ihre Willkühr hauptsächlich nur bei der Einleitung des Prozesses äussert, im Fortgange des Verfahrens aber der Richter ohne weiter eines Anstoßes zu bedürfen, gleichsam vermöge eines Gesetzes der Beharrlichkeit bis zum Schlusse verfährt, wenn nicht der ausdrückliche, oder unter gewissen Umständen [15]) zu vermuthende Wille der Partei, zu deren Besten eine gewisse Einschreitung erfolgen soll, Stillstand fordert.

---

15) Z. B. wenn ein richterlicher Befehl unter dem Präjudiz der Aktenreposition den Kläger auffordert, eine auf den

Dieser ersten Regel gemäß kann also der Richter im bürgerlichen Prozesse überhaupt nur vermöge des Verlangens der Partei thätig werden; und darin treffen beiderlei Prinzipe zusammen. Aber nach dem Verhandlungsprinzip kann er auch nur kraft dieses Verlangens in seiner Thätigkeit beharren, es wäre denn, daß (nach den folgenden Regeln) besondere Gründe einträten, die auch unaufgefordert seine Thätigkeit erheischen, namentlich für die Erhaltung des regelmäßigen Prozeßganges und der richterlichen Wirksamkeit zum Behuf des implorirten Rechtsschutzes überhaupt, endlich noch aus besondern Gründen, die in dem Streitgegenstande und in der Person der Streitenden liegen.

Insbesondere aber kann der Richter im Laufe des Prozesses nicht von Amtswegen thätig seyn, so oft es einer besondern Einschreitung zum Besten einer Partei gilt, die von dieser nicht ausdrücklich in Antrag gebracht worden, gleichwohl aber auch in dem allgemeinen durch den Angriffs- oder Vertheidigungsantrag ausgedrückten Verlangen des Rechtsschutzes nicht an und für sich und nothwendig liegt, und (was man dabei nicht vergessen muß) auch

---

Fortgang der Sache Einfluß habende Erklärung abzugeben, oder etwas zu leisten, den dieser unbefolgt läßt. Denn auch hier, so wie in dem ganzen Verfahren nach dem Untersuchungsprinzip trifft die Rechtsregel ein: quilibet favori suo renunciare potest. Es ist überhaupt eine irrige Ansicht des Verfahrens im preußischen Civilprozesse, der von dem Untersuchungsprinzip ausgeht, wenn man dafür hält, daß die richterliche Wirksamkeit hier mit der jeder Rechtsverfolgung zum Grunde liegenden Dispositionsfreiheit in Widerspruch komme. Mehreres hierüber, um den Vortrag nicht zu unterbrechen, unten in einem besondern Abschnitte.

dem Prinzip gemäß als darin liegend angenommen werden darf. So kann also der Richter z. B. den nicht antwortenden Beklagten nicht von Amtswegen als contumax behandeln. Denn der Kläger (so nimmt man an) hat sich bei Anstellung der Klage nicht der Freiheit begeben wollen, die Sache liegen zu lassen; und es wird vermuthet, daß er dieselbe habe liegen lassen, bis er durch sein Anrufen ausdrücklich das Gegentheil erklärt. Der Richter kann ferner keine Inhibition an den Beklagten erlassen, worauf der Kläger nicht ausdrücklich angetragen hat, dem Kläger keine Caution der Kosten oder Wiederklage halben auferlegen, die von dem Beklagten nicht begehrt worden, u. dgl.

§. 13.

Zweite Regel.

2) Der Zweck der Geltendmachung des bedrohten oder verletzten Rechts vor Gericht fordert Mittel, welche von der Thätigkeit theils der Parteien, theils des Richters ausgehen. Aber die Staatsschutzanstalt gegen Rechtsverletzungen ist nach festen Normen und Grundsätzen organisirt. Sie soll nicht, indem sie zur Steuerung unrechtlicher Willkühr dienet, unter einer andern Form selbst als Werkzeug derselben erscheinen. Daher müssen der Partei für den Gebrauch der Mittel zum Zwecke Regeln vorgeschrieben werden, die sie nicht überschreiten darf; denn ihre Thätigkeit erscheint als nothwendige Bedingung und als Theil jenes Organismus. Sie soll aber nebenher auch im Gebrauche der ihr diensam scheinenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel gegen die richterliche Willkühr gesichert seyn, und diese Mittel wie das verfolgte Recht selbst als ihrer freien Verfügung unterworfen be-

betrachtet werden, so lange sie nicht bei dem Gebrauche des Mittels in Widerspruch mit ihrem Zwecke selbst kommt. In Ansehung der von der Partei anzuwendenden Mittel ergiebt sich demnach als

zweite Regel

Der Gebrauch oder Nichtgebrauch der Mittel zum Zwecke des verlangten Rechtsschutzes hängt von der Willkühr der Parteien ab, sofern nicht von nothwendigen, sondern nur von nöthigen Mitteln die Rede ist.

Die Thätigkeit der Partei im Prozesse kann sich nicht auf das Petitum, oder auf den Ausdruck des Verlangens beschränken, daß der Zustand in Beziehung auf ihren Gegner verändert werde (wenn sie Kläger ist) oder unverändert bleibe, (wenn sie als Beklagter erscheint). Sie muß ihr Recht zur Ueberzeugung des Richters darthun, und dieß geschieht durch Vorträge an denselben, deren Stoff, Form, Anzahl und Wirkung die Gesetze bestimmen. Dieß sind die Mittel der Bewirkung des Rechtsschutzes, welche von den Parteien ausgehen. Betrachtet man sie lediglich als zu den Rechten der Parteien gehörig, wie der Zweck selbst, auf den sie gerichtet sind; so erscheint ihr Gebrauch oder Nichtgebrauch unabhängig von Verfügungen der richterlichen Gewalt. Allein einige derselben sind nothwendig, oder dergestalt wesentlich und unentbehrlich für den Zweck, zu welchem der Rechtsweg betreten worden ist, daß der gesetzlichen Ordnung nach ohne sie jener nicht zu erreichen ist. Der Rechtsuchende muß schlechthin den Zweck aufgeben, oder diese Mittel anwenden. Dieß ist der Fall, so oft die Partei thätig werden muß für solche Stücke des Ver-

fahrens, welche die Gesetze als wesentliche Bestandtheile des Prozesses vorgezeichnet haben, und deren Unterlassung also eine Nichtigkeit zur Folge haben würde. Hier ist die Willkühr der Partei untergeordnet der Leitung des Richters; sie muß seinen Anordnungen unbedingt Folge leisten. Sie muß also in der vorgeschriebenen Form klagen und sich vertheidigen, und der Richter ist befugt, unförmliche Libelle zurückzuweisen, und die Verbesserung einer mangelhaften Litiscontestation anzuordnen. Die Willkühr des Rechtsuchenden hat also hier keinen weitern Spielraum, als entweder Folge zu leisten, oder auf die Rechtsverfolgung oder Vertheidigung zu verzichten. Eben so muß schlechthin der Beweis der bestrittenen Thatsachen der richterlichen Anordnung gemäß geführt und die deßfalls vorgeschriebene Form beobachtet werden. Ueberhaupt müssen die Parteien alles bewirken, was erforderlich ist, daß der Richter wenigstens eine formell gerechte Entscheidung fällen kann, wenn nicht der Zweck des Rechtsverfahrens durch einen Vergleich erreicht wird.

Dagegen erscheinen andere Mittel nur als dienlich oder nützlich zur Erreichung der Absicht der Parteien; in Beziehung auf den vorgesetzten Zweck der Rechtsverfolgung oder Vertheidigung sind sie bloß nöthige Mittel, indem neben ihrem Nichtgebrauch jener Zweck sich immer als erreichbar denken läßt, wenn schon gewisser Absichten willen, welche die Partei haben kann, ja vernünftiger Weise haben wird, (also bald, bequem und sicher ihr Recht zu erlangen) sie von diesen Mitteln Gebrauch machen muß. An sich aber hängt der Gebrauch oder Nichtgebrauch der bloß nöthigen Mittel von der Partei ab. Ob dieselbe also (unter übrigens glei-

chen Umständen) früher oder später klagen, eine mehr oder minder vortheilhafte Klageart wählen, bejahend oder verneinend litem contestiren, ob sie excipiren, ihrem Autor den Rechtsstreit verkündigen, leichtere oder schwerere Beweismittel wählen, einen Eid deferiren, zurückschieben, annehmen, Rechtsmittel einwenden will u. s. w., das hängt lediglich von ihr ab. Denn hier handelt es sich nur von Rücksichten der mehrern oder mindern Zweckmäßigkeit der Mittel, und da dem Richter keine Stimme darüber zusteht, was den streitenden Theilen nützlich ist, oder ihren Zustand verbessert, sofern als sie hierüber selbst urtheilen können, so kann auch das richterliche Amt hier nur auf Anrufen thätig werden. Ob der Kläger oder der Beklagte den Obsieg davon trägt, ist zwar höchst wesentlich für die Absichten der Streitenden, keineswegs aber für die Tendenz des Rechtsverfahrens, soweit als diese lediglich auf Beendigung des Streits geht, sey es auch nur nach den Forderungen des förmlichen Rechts. Dieser Richtung ist es nur zuwider, wenn wesentliche Erfordernisse des Rechtsganges vernachlässigt werden, keineswegs aber, wenn eine oder die andere Partei vernachlässigt, was ihrem individuellen Vortheile gemäß ist. Dort muß also der Richter eingreifen, und zwar schon kraft seines Amts, damit die Staatsschutzanstalt gegen Rechtsverletzungen in ihrem Wesen und Wirken erhalten werde, nicht durch Willkühr und Unordnung in sich selbst zusammenfalle. Hier würde der Richter, indem er für den Vortheil einer Partei allein (und dieß müßte immer der Fall seyn) thätig würde, in den doppelten Fehler verfallen, einmal der einseitigen Begünstigung und dann einer vormundschaftlichen Anmaßung. Niemand kann es daher einer Partei wehren, Thatsachen einzuräumen,

worüber sie noch hätte Beweis fordern können, und kraft der Dispositionsfreiheit über ihr Eigenthum kann sie einen verdächtigen Zeugen für glaubwürdig, eine simple Abschrift ohne Produktion der Urschrift für beweisend anerkennen. Denn wenn gleich eigentlich dem Richter der Beweis geführt wird, so enthält jenes doch keine Inconsequenz, sofern als an die Stelle des Zeugen- oder Urkundenbeweises hier das Zugeständniß tritt.

Vornehmlich aber äussert sich die Freiheit der Parteien in der Wahl der Mittel (und dieß schon vermöge der Grundsätze, worauf sich die vorige Regel stützt) in Ansehung des Hindernisses, welches der Ungehorsam (contumacia) der Gegenpartei verursacht. Denn hier wird in alle Wege eine Contumacial-Anklage des bei dem Fortgange des Prozesses Betheiligten vorausgesetzt, wenn der Richter für diesen Fortgang thätig zu werden befugt seyn soll. Dieß bestimmen einmal die Gesetze zu Folge des Verhandlungsprincips, indem sie nicht verhindert wissen wollen, daß der unter dem Ungehorsam Leidende sich leidend verhalte, vielmehr jede Einschreitung von Amtswegen für einen Eingriff in dessen Freiheit ansehen. Sie betrachten auch die contumacia nicht als Ungehorsam gegen die dem Richter schuldige Achtung, worauf eine Strafe im eigentlichen Verstande folgen müßte, sondern bloß als ein Versäumniß dessen, der contumax ist, wodurch er sich dem darauf gesetzten Nachtheil unterwirft, wenn der Andere den gesetzlich vorgezeichneten Gebrauch seines dadurch erworbenen Rechts macht, nämlich eine Contumacial-Anklage erhebt[16]). Einige bescheidene Zweifel gegen

16) Martin's Lehrb. des rc. Prozesses §. 117. S. 167. (V. Aufl.)

die Vernunftmäßigkeit dieser Behandlung behalte ich mir auf den V. Abschn. bevor. So erscheint also überhaupt der rasche oder schläferige, der mehr oder minder geschickte Betrieb der Sache, überhaupt alles, was den Zweck der Rechtsverfolgung oder Vertheidigung, ohne ihn eben geradezu unmöglich zu machen, mehr oder weniger erschwert, bloß als nützliches, nicht als nothwendiges Mittel zu demselben. Uebrigens enthalten die Gesetze zur Anwendung der gemachten Classifikation der Mittel im concreten Falle die nöthigen Anweisungen, und da wo sie dunkel scheinen sollten, wird eine aufmerksame Betrachtung über das Wesen und die Forderungen des Rechtsverfahrens jeden, dem es um Wahrheit zu thun ist, das Rechte erkennen lassen.

§. 14.

Dritte Regel.

3) Die Geltendmachung eines verletzten Rechts fordert aber auch Mittel von der Thätigkeit des Richters. Dieser ist kein nach Belieben der Parteien zu gebrauchendes Werkzeug; er handelt selbstständig und er handelt nach Kunstregeln. Wo daher die Willkühr der Partei mit den Grundsätzen in Widerspruch geräth, wodurch die richterliche Wirksamkeit das wird, was sie seyn soll, ist jene unstatthaft. Es ist daher z. B. die Nachsuchung einer widerrechtlichen Verfügung selbst auf Gefahr des Nachsuchenden (periculo petentis) unzuläßig; eben so das Verlangen, irrelevante Beweismittel aufzuneh-

---

Grolmans Theorie des ger. Verfahrens §. 130. S. 243. (2. Aufl.)

v. Gönner's Handb. des rc. Prozesses 1. Bd. 21. Abh.

men, wenn auch der Producent die Kosten zu erstatten sich bereit erklären sollte[17]). Das Richteramt erscheint übrigens als eine aus Gründen für das öffentliche Wohl geordnete Anstalt, und es sind derselben durch gesetzliche Bestimmungen die Modalitäten und Grenzen ihrer Wirksamkeit genau vorgezeichnet. Man kann von dieser Anstalt nach Willkühr (agendo vel defendendo) Gebrauch machen; hat man es aber gethan, so muß man auch ihre Wirksamkeit nach den Regeln derselben anerkennen. Hieraus ergiebt sich daher als

dritte Regel

Die Willkühr der Partei ist ausgeschlossen in allem, was Bedingung der Wirksamkeit des Richters für den Zweck seines Amts überhaupt ist, der Richter also hier auch unaufgefordert zur Thätigkeit befugt und verpflichtet.

Der Richter handelt also aus eigener Gewalt in Ansehung alles dessen, was seine amtliche Wirksamkeit fordert, um das zu seyn, was sie nach gesetzlichen Bestimmungen seyn soll, ohne daß es eines ausdrücklichen Antrags oder einer Genehmigung von Seiten der streitenden Theile bedarf. Seine Autorität, die Abwendung von Handlungen oder Unterlassungen der Parteien oder ihrer Anwälte, die mit dem gesetzlich vorgezeichneten Rechtsgange unverträglich sind, sind Bedingungen seiner Wirksamkeit, folglich für sich selbst Aufforderungen zur Thätigkeit. Sie

---

17) Mev. P. III. Decis. 241.

geltend zu machen ist keine Aufforderung der Partei nöthig, die zwar den Richter zum Richter über sich, (nach der Freiheit ihr Recht zu vertheidigen oder dasselbe aufzugeben) nicht aber zum Richter gemacht hat; jener Wirksamkeit entgegen zu wirken, würde rechtswidrig seyn, da sie auf Gesetzen beruht, zugleich aber auch zweckwidrig, weil nur durch die richterliche Thätigkeit hier der Zweck der Prozeßführung, die Erlangung des Rechtsschutzes erreichbar ist.

§. 15.

Richtungen der richterlichen Thätigkeit gemäß der dritten Regel.

Kraft dieser Autorität des Richters sorgt derselbe:

I. Für Bewirkung alles dessen, was dem Zwecke der Prozeßführung gemäß, und für Entfernung dessen, was ihm hinderlich ist, namentlich alles dessen, woraus Nichtigkeiten des Verfahrens entstehen könnten. Ausserdem, daß er überhaupt für die Einleitung des Verfahrens (durch Mittheilung und Ladung) sorgt, liegt ihm wesentlich die Erhaltung der Ordnung desselben ob. Er läßt es also bei offenbar unstatthaften Klagen nicht zur Verhandlung kommen, und verfügt die Verbesserung fehlerhafter Klaglibelle[18]); er ordnet in gewissen Fällen[19]) Anwälte von Amtswegen zu; er ergänzt den Einwand des unzuständigen Richters, wenn er in der Sache absolut incompetent ist, also eine Prorogation nicht statt findet; eben so ergänzt er den Einwand der Unfähigkeit zur Praxis von Seiten eines Sachwalters,

---

18) Martin a. a. O. §. 141.

19) Ebendas. §. 79.

der mangelhaften Legitimation zur Sache und zum Prozesse, und deßhalb auch die exc. cautionis de rato[20]), sowie den Einwand der mehrern Streitgenossen[21]). Ferner:

Er giebt dem bei einem Prozesse betheiligten Dritten zur Wahrung seiner Gerechtsame Nachricht, sofern dieß eine Wirkung der amtlichen Fürsorge für den Legitimationspunkt ist[22]). Er verwirft eine fehlerhafte Litiscontestation und zerstörende Einreden, denen es an einem Rechtsgrunde gänzlich mangelt, oder ordnet, wenn bloß die zu deren Begründung vorgetragene Geschichtserzählung mangelhaft erscheint, deren Verbesserung an[23]); er verwirft inepte und irrelevante Positionen und Responsionen[24]), eine offenbar unzulässige Beweisantretung, vorbehältlich der bessern, wenn der Beweistermin noch nicht abgelaufen[25]); er verfügt die Einnahme eines Augenscheins, wenn er ihm diensam scheint, und zieht Sachverständige bei[26]); er verfügt eine nochmalige Vernehmung unvollständig oder dunkel aussagender Zeugen[27]); er ist sogar befugt, wenn einem Zeugen von dem Pro-

---

20) ibid. §. 35, 74 und 299.

21) Danz Grundſ. der ord. Proz. (IV. Ausg.) §. 40. S. 120.

22) Gönners Handbuch I. 13te Abhandl. §. 3. S. 309. 19te Abhandl. §. 9.

23) Danz Grundſ. des ord. Proz. §. 194.

24) Boehmer in cit. tract. c. III. §. 11.

25) Martin l. c. §. 185. II.

26) Ebend. §. 124. S. 203.

27) Boehmer l. c. c. IV. §. 11.

dukten der Eid erlassen worden, hinterher aber Zweifel über die Richtigkeit der Aussage entstehen, die Vernehmung von Amtswegen zu wiederholen, und den Zeugen schwören zu lassen[28]; er formirt Fragstücke von Amtswegen[29]; er verbessert Mängel an der Eidesdelation nach den Forderungen des Beweisthema[30]) und verwirft Eideszuschiebungen über unerhebliche Thatsachen, so wie in geringfügigen Gegenständen[31]), vorausgesetzt, daß ohne dieses Mittel auch in solchen Gegenständen überhaupt eine rechtliche Entscheidung möglich ist[32]). Er fällt einen Präclusivbescheid von Amtswegen, wenn von einer Nothfrist oder von einem ipso jure peremtorischen Termin die Rede ist[33]); eben so prüft er die Formalien und Fatalien

---

28) Mev. Part. V. Dec. 242.

29) c. 37. X. de test. Grolman l. c. §. 133. S. 253. n. a.

30) Gönners Handbuch des Proz. I. S. 266. II. n. XLIX.

31) Claproth's Einl. in den ordentl. bürgerl. Prozeß (4. Aufl.) II. §. 321. S. 552.

32) Denn es können Fälle eintreten, wo nicht einmal ein Schnitterurthel nach Lage der ausgemittelten Thatsachen möglich ist; und doch — muß erkannt werden, wenn die Parteien sich schlechterdings nicht vergleichen wollen. Wer sollte indessen, und zwar nicht bloß aus Gründen der Moral und Religion, sondern selbst der Klugheit, nicht wünschen, daß die Prozeßgesetzgeber in geringfügigen Sachen ein anderes Auskunftsmittel ergriffen, und nicht dadurch, daß sie den Eid überall als zulässig erklären, ihn endlich nirgends mehr als zuverlässig erkennen können? Die ehrliche Versicherung eines Mannes von gutem Leumund wäre unter übrigens gleichen Umständen in Bagatellsachen wohl hinreichend.

33) Gönner's Handbuch I. S. 258. §. 17.

eines eingewandten Rechtsmittels[34]); erkennt eine an ihn gelangte Appellation für desert oder für unzulässig; benennt Commissarien nach der Natur gewisser Prozeßhandlungen[35]); verfügt nach eigenem Befinden die Transmission der Akten[36]); nimmt die Sache für beschlossen an, und hebt nach Befinden den Aktenschluß wieder auf[37]); er verhängt auch, wenigstens ausserordentlicher Weise, von Amtswegen eine provisorische Sequestration in streitigen Besitzfällen[38]); — — ohne daß es in allen diesen Fällen auf das Anrufen der Parteien ankäme. Daß er im übrigen zur Prüfung der Rechtlichkeit der Anträge einer Partei keiner besondern Aufforderung bedarf, liegt in seinem urtheilenden richterlichen Amte.

---

34) ibid. S. 271.

35) Mev. P. VIII. D. 128.

36) Martin §. 67.

37) Besonders in den von Danz l. c. §. 212. bemerkten Fällen, nehmlich 1) wenn in der zweiten Handlung des Beklagten Dupliken in dem gesetzlichen Sinne gehörig vorgebracht, oder in dem Exceptionssatze ausgelassene, jetzt noch zulässige Einreden nachgetragen worden sind. 2) Wenn die Streitfrage in den Thatumständen noch nicht so weit bestimmt ist, daß in der Sache ein Urthel gefällt werden kann. 3) Wenn etwa vorher noch ein Augenschein einzunehmen, oder ein Riß oder ein Stammbaum, ohne welchen der streitige Fall entweder gar nicht, oder doch nicht füglich verstanden werden kann, zu den Acten zu bringen ist. 4) Wenn mehrere Streitgenossen zu einer Sache gehören, selbige zwar vorgeladen sind, aber ihre Nothdurft noch nicht beigebracht haben.

38) Böhmer l. c. c. IV. §. 8. Mev. P. VII. Dec. 147.

§. 16.

Fortsetzung; Gewalt des Richters bei der Beweisführung.

Es ist an mehrern Stellen dieses Absatzes von der Gewalt des Richters rücksichtlich der Beweisführung die Rede gewesen. Ich muß noch etwas hierbei verweilen. Bei der Beantwortung der Frage: wie weit geht die Befugniß des Richters zur positiven Thätigkeit in der Beweisführung? hat man dreierlei zu unterscheiden: 1) was ist zu beweisen? 2) wer soll beweisen? 3) wodurch (durch welche Mittel) ist zu beweisen?

Die erste Frage: was ist zu beweisen? oder die Regulirung des Beweissatzes hängt lediglich von dem Richter ab. Dieß ist auch der Fall bei der zweiten Frage: wer soll beweisen? sofern als sie streitig ist. Anders verhält sichs aber mit der dritten Frage, oder mit den Beweismitteln. Die Wahl derselben ist schlechthin der Willkühr der Parteien, denen die Beweislast obliegt, vorbehalten. Denn diese Beweismittel gehören bloß zu den nützlichen Mitteln der Rechtsverfolgung oder Vertheidigung. (2te Regel.) Dem Richter kommt es nach dem Verhandlungsprinzip nicht zu, die Beweismittel aufzusuchen; er darf nicht von Amtswegen Zeugen abhören, nicht Urkunden zu den Akten ziehen, worauf sich der Beweisführer nicht berufen hat[39]); er kann der Natur seiner Stellung nach überhaupt nicht Beweis führen, sondern er läßt sich denselben führen. Aber, wie vorhin schon bemerkt worden, er nimmt auch unauf-

39) v. Gönner's Handb. des Prozesses I. Band X. Abhandl. §. 22. S. 263. (der 2n Aufl.)

gefordert einen Augenschein ein, und zieht eben so von Amtswegen Kunst- und Sachverständige zu. Er thut dieß in jedem Momente des Prozesses, ohne daß ihm selbst die schon abgelaufene Beweisfrist die Hände zu binden vermöchte. Der Grund dieser scheinbaren Anomalie liegt, nach v. Gönner's Darstellung[40]) darin, daß der Beweis durch Augenschein und Sachverständige nicht eigentlich zu den Beweismitteln gehört. Wenn der Richter zu diesen Mitteln der Aufklärung einer streitigen Thatsache schreitet, so geschieht es vermöge der in dem Zwecke seines Amts liegenden Befugniß, über das, was ihm bei der Reflexion zweifelhaft erscheint, sich die möglichste Klarheit zu verschaffen. Ist also ein richtiges Urtheil über ein streitiges faktisches Verhältniß abhängig von physischer Anschauung, so erfolgt ein Augenschein, der die Merkmale eines streitigen Gegenstandes aus diesem selbst darstellt. Ist das Verhältniß von der Art, daß es nur einem kunstgeübten Sinne mit der erforderlichen Zuverlässigkeit erkennbar ist, z. B. die Aechtheit eines Edelsteins, der körperliche Zustand eines als fehlerhaft behaupteten Pferdes, die zweifelhafte Beschaffenheit eines Kunstwerks: so ist ein Kunstverständiger erforderlich, der gleichsam als Gehülfe des urtheilenden Richters auftritt. Man kann diesen Kunst- oder Sachverständigen nur uneigentlich einen Zeugen nennen. Sein Wirkungskreis ist von dem des letztern wesentlich verschieden. Der Zeuge bekundet sinnliche Wahrnehmungen; der Sachverständige urtheilt über Verhältnisse nach Kunstregeln. Bei diesem ist der Verstand thätig durch die Vergleichung,

---

40) Handb. II. 44ste und 45ste Abhandl.

bei jenem das Gedächtniß in Wiedergebung dessen, was er mit den Sinnen vernommen hat.

Man braucht aber auch meines Erachtens den Beweis durch Augenschein und Sachverständige nicht aus der Reihe der Beweismittel zu verbannen, um das Ungewöhnliche der Stellung des Richters gegen denselben sich zu erklären. Der Grund hievon scheint mir vielmehr in der Eigenthümlichkeit dieses Beweises zu liegen, in seiner Publicität, oder in der Oeffentlichkeit seiner Existenz und Relevanz. Darin liegt das Abweichende von den übrigen Beweisarten. Denn

> während bei dem Beweis durch Zeugen, Eid, Urkunden der Richter nur die Frage: was zu beweisen ist, und wer zu beweisen hat? sich beantworten kann, nicht aber die Frage: womit bewiesen werden wird? — waltet bei dem Beweise, der durch Augenschein oder Kunstkenner zu bewirken ist, rücksichtlich aller 3 Fragmomente nirgends ein Zweifel ob.

Dort kann der Richter nicht wissen, wie das zu Beweisende bewiesen werden kann. Ohne daß die Partei den Mund öffnet, bleibt dem Richter unbekannt, ob sie den zu erweisenden Satz durch Zeugen, durch Urkunden oder Eideszuschiebung darthun wird. Sie muß also reden, und damit der Prozeß nicht ewig dauert, muß sie in einer vorgeschriebenen peremtorischen Frist reden. Ganz anders ist es bei dem Beweise durch Augenschein und Sachverständige. Kaum ist hier dem Richter der Zweifel über die Thatsache entstanden, und schon zeigt sich ihm auch sogleich das einzig zweckmäßige Mittel, denselben zu heben. Wenn also z. B. der Beklagte den Einwand der Zahlung vorschützt, dessen Richtigkeit der Kläger wider-

spricht, so weiß ich als Richter, was zu beweisen ist und wer zu beweisen hat, nicht aber, ob der Beweis durch Zeugen, Urkunden oder Eid geführt werden will. Entsteht aber Zweifel über die Aechtheit eines Diamanten, so weiß ich auch sogleich, daß mir hierüber nur ein Sachverständiger zweckmäßig Auskunft geben kann, und kann sich der Richter keine Vorstellung von den örtlichen Verhältnissen bei einem Gränz- oder Servitutprozeß machen, oder ist die Richtigkeit der davon übergebenen Zeichnung widersprochen, so sagt ihm eine ganz gewöhnliche Ueberlegung, daß er sich an Ort und Stelle verfügen müsse.

Unter diesen Gesichtspunkt die Sache gestellt rechtfertigt es sich auch, daß der Richter nach Befinden einen schon abgehörten Zeugen zu jeder Zeit von Amtswegen noch einmal vernehmen, Urkunden, worauf sich bezogen wird, die aber noch nicht zu den Akten gekommen sind, sich vorlegen lassen, daß er die Formel des deferirten Eides dem Bedürfniß des Beweisthema anpassen kann. Denn hier fragt der Richter nicht mehr: ob und wie bewiesen werden kann? Die beweispflichtige Parthei hat hierauf schon geantwortet, indem sie den Zeugen produzirte ꝛc. Eben so hat dem Richter seine Reflexion schon den Augenschein und den Kunstverständigen als allein statthaftes Mittel zur Erforschung der Wahrheit bezeichnet. Es wird also nur noch gefragt: kann so und so bewiesen werden? oder welche Resultate hat das bezeichnete Beweismittel? und diese Frage beantwortet sich lediglich durch einen Akt des innern Sinnes, oder der Reflexion; oder mit andern Worten: es gilt nicht mehr der Nachfrage um ein Hilfsmittel, sondern nur seinem Gebrauch und seiner Wirksamkeit.

§. 17.

Weitere Richtungen der Thätigkeit des Richters nach der dritten Regel. (§. 14).

Wir haben oben (§. 15). die erste Richtung der Thätigkeit des Richters kraft seines Amts kennen gelernt: es sind deren noch zwey übrig. Er sorgt nämlich ferner unaufgefordert

II. auch für die Beschleunigung und Abkürzung der Prozesse [41]), da selbige, wenn schon ein unvermeidliches, doch immer ein Uebel in der bürgerlichen Gesellschaft sind.

Er bestimmt daher ohne Einwirkung einer Partei die Termine, wann? und die Fristen, in welchen? seinen Anordnungen Folge zu leisten; schneidet Prozesse über ganz geringfügige Händel ab [42]); sorgt für vereinigte Behandlung connexer Sachen, und weist eine Klage, die verbundene Gegenstände trennt, auch von Amtswegen zurück [43]); beugt Verschleppungen der Parteien und ihrer Anwälte vor, und versucht unaufgefordert die gütliche Beilegung des Streits wiederholt und in jeder Lage des Prozesses [44]); er beschränkt überflüssige Fristgesuche und verpflichtet mehrere Streitgenossen zur Aufstellung eines gemeinschaftlichen Anwalts [45]). Endlich

---

41) L. 13. pr. C. de jud. und zwar nach richterlichem Ermessen R. A. de 1654. §. 34.

42) Böhmer l. c. c. III. §. 3. Cod. jur. bav. jud. c. III. §. 3. n. 1.

43) Claproth a. a. §. 101. S. 526.

44) Martin a. a. O. §. 308.

45) Mev. IV. Dec. 63. In Betrachtung der dem Richter hier eingeräumten Befugnisse erscheint es daher in der That

III. handhabt er die Polizei bei der Prozeßführung durch Steuerung jedes Unfugs, Zurückweisung anzüglicher Eingaben, Bestrafung schmähsüchtiger oder sonst die Ordnung übertretender Parteien und Sachwalter u. s. w. überall, ohne daß es des Antrags einer Partei bedürfte, daher er auch den Bosheitseid von Amtswegen auferlegt [46])

§. 18.

Vierte Regel.

Ich habe bisher gezeigt, daß die Willkühr der Partei bei der Prozeßinstruktion frei ist: a) in Ansehung des Zwecks der Rechtsverfolgung (erste Regel) b) in Ansehung der für ihren Zweck von ihr gesetzlich anzuwendenden Mittel (zweite Regel); hier jedoch c) mit Rücksicht auf die Bedingungen der Aufrechthaltung des richterlichen Amts in seiner Wirksamkeit, (dritte Regel). Wiefern d) jene Willkühr der Partei durch besondere Umstände und Eigenheiten des Streitgegenstandes und der Personen ausgeschlossen seyn kann, davon wird nun noch bei der vierten Regel die Rede seyn.

4) Da

---

nicht ganz billig, daß man es hauptsächlich den Advokaten zur Last legt, wenn Prozesse verschleppt werden. Wenigstens zeugt es von der Schwäche der Richter, welche die Mittel zur Steuerung dieses Unfugs in den Händen haben, und demselben doch nicht zu wehren vermögen. Richtig bemerkt daher schon l. 13. §. 1. C. de judiciis (3, 1.) hoc etenim (die Abkürzung der Prozesse) judicialis magis esse potestatis, nemo est, qui ignoret. *Nam si ipsi* (judices) *noluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito judice litem protelare.*

46) Martin §. 301.

4) Da das richterliche Amt zugleich mit einem Theile der vollziehenden Staatsgewalt beauftragt ist, und vornehmlich mit der Fürsorge für die Aufrechthaltung des Rechtsstandes da, wo die individuellen Interessen der Streitenden zugleich die allgemeinen der bürgerlichen Gesellschaft berühren, und dann auch zum Besten gewisser Personen, die selbst ihr Wohl gehörig zu berathen unvermögend sind; so mußten dem Richter diesem Zwecke angemessene Befugnisse beigelegt werden. Daraus folgt als

vierte Regel

Die gesetzlich begünstigte Eigenschaft des Streitgegenstandes oder einer Partei kann für sich allein die Thätigkeit des Richters auch da in Bewegung setzen, wo dieß sonst (II Regel) nur die Willkühr der streitenden Theile vermag.

Dieser Grundsatz zeigt sich also fruchtbar und lebendig im ganzen summarischen Prozeßverfahren, dessen ganze Anlage auf eine ausgedehntere Gewalt des Richters berechnet ist, als dieß nach der strengen Regel der Verhandlungsmethode eigentlich seyn sollte. Ich glaube hier etwas verweilen zu müssen. Je folgenreicher mehr oder minder richtige Vorstellungen von dem Geiste, den Eigenheiten und Beziehungen des summarischen Prozesses auch da sind, wo von der Fixirung der Grenzen der richterlichen Gewalt die Rede ist, um desto weniger wird man dieses Verweilen für eine unnütze Ausschweifung halten.

Ich habe gesagt, der ganze summarische Prozeß sey auf eine ausgedehntere Gewalt des Richters berechnet, und die aufgestellte vierte Regel gelte besonders von ihm. Ich gehe noch weiter und behaupte: sofern als neben der Geringfügigkeit eines Streitgegenstandes auch persönliche Rücksichten für gewisse Rechtsuchende (mitleidswürdige Personen, gemeine Landleute [47])) oder selbst sogar die Eigenschaft und besondere Verfassung eines Gerichts, namentlich eines Untergerichts [48]) ein summarisches Verfahren begründen, kann man annehmen,

> daß die aufgestellte Regel, indem sie in dem ganzen summarischen Prozeße gilt, damit zugleich (in Rücksicht auf die Menge der Prozesse bei den Untergerichten) bei dem größten Theile der Streitigkeiten über Mein und Dein zur Führerin diene.

Man kann diese Behauptung durchaus nicht für ausschweifend halten, wenn man erwägt, daß bei den Untergerichten ordentlicher Weise, ja selbst bei Gegenständen, die sich zum ordentlichen Prozeß eignen z. B. bei Servitutstreitigkeiten, sobald sich die Parteien keine Sachwalter annehmen, ein mündliches Verfahren eintritt, welches seiner Natur nach die Beobachtung mancher Formen ausschließt, die bei dem schriftlichen Verfahren im ordentlichen Prozesse statt finden.

Suchen wir nun nach dem Geiste des summarischen Prozeß-Instituts, so zeigt sich uns, daß

---

47) und dergleichen; conf. Claproth's Einl. in sämmtl. summ. Prozesse (IV. Aufl.) Abschn. 1. §. 4. S. 32.

48) v. Gönner's Handb. IV. Band S. 10.

Gründe des öffentlichen Wohls in den Fällen, wo diese Prozeßart eintritt, es nothwendig machen, daß die Rechtsverfolgung einen eigenen Gang nehme, der sich vorzugsweise durch Kürze und eine gewisse Energie, besonders durch die Abschneidung mehrerer Förmlichkeiten des ordentlichen Verfahrens für seinen Zweck auszeichnet. Damit ist keineswegs behauptet, daß der summarische Prozeß ein solcher sey, wo Richter, Parteien und Anwälte, nach Gefallen von dem ordentlichen Verfahren beibehalten könnten, was sie möchten; wo sie beliebige Formen des Verfahrens anzuwenden befugt wären; also gleichbedeutend mit einem regellosen, tumultuarischen Prozeß. Man ist längst zu weit in der prozeßtheoretischen Aufklärung vorgeschritten, um hier noch einer Berichtigung der Vorstellungen zu bedürfen. Selbst daran denkt wohl niemand mehr, daß es sich hier schlechthin von Abschneidung gleichgültiger und ganz ausserwesentlicher Formalitäten handele. Denn wäre dieß, so wäre es unverzeihlich, länger einen ordentlichen Prozeß zu dulden, und für das Bittere und Unholde eines Rechtsstreits gleichsam durch gewisse darin vorkommende Haupt- und Staats-Aktionen sich entschädigen zu lassen. Der Grund des summarischen Prozesses liegt keineswegs in der Vorstellung, daß die, in dem ordentlichen beobachteten, mehrern Formalien für das Wesen der Sache ungefähr das seyen, was das Ceremoniell in der Völkerrechtspraxis. Das Verfahren im ordentlichen Prozesse ist und bleibt auch im summarischen die Regel. Hier wird nur aus besondern überwiegenden Gründen, die dem Zweck aller Prozeßführung, der Ertheilung des Rechtsschutzes, nicht nur gemäß, sondern demselben sogar, nach den besondern Umständen und Eigenheiten des Falles, mehr zusagen, eine

Ausnahme [49]) gestattet, so wie man sonst in der öffentlichen Verwaltung eben sowohl, wie im gemeinen und häuslichen Leben öfters die gewohnte Maxime des Handelns verlassen muß, um gewisse Absichten sicherer zu erreichen. Die Sache rechtfer-

---

49) Daß in dem summarischen Prozesse keine wesentliche Erfordernisse des Verfahrens ausser Acht gelassen werden dürfen, ergiebt schon eine nähere Betrachtung der genetischen Verhältnisse beider Prozeßarten. Es leuchtet in die Augen, daß, so wie immer das Einfachere früher da war, als das Zusammengesetzte, auch der summarische Prozeß älter seyn muß, als der ordentliche, ja daß jener eigentlich die Mutter von diesem ist. Denn unmöglich kann man sich vorstellen, daß das Gebäude des ordentlichen Prozesses wie die Welt aus nichts entstanden, daß das ganze Verfahren nach demselben, mit allen seinen unzählbaren Modifikationen, in seiner jetzigen Gestalt urplötzlich wie Pallas aus dem Gehirne Jupiters entsprungen sey. Offenbar ist unser ordentlicher Prozeß ein Aggregat von mehrern nach und nach zur Verdämmung der einreissenden Willkühr gegebenen Verordnungen entstanden, die dem bisher Beobachteten neue Modifikationen hinzufügten. Indem nun dadurch die Willkühr zurückgedrängt wurde, blieb aber auch auf der andern Seite der freithätigen Bewegung der Richter überhaupt ein so enger Spielraum übrig, daß denselben nun auch da, wo die Natur des Prozeßgegenstandes ein regeres Leben forderte, die angelegten Fesseln ein Hinderniß zweckmäßiger Thätigkeit wurden. Man mußte daher für diese Fälle von den vorgeschriebenen Beschränkungen nachlassen, jene der richterlichen Willkühr angelegten Fesseln etwas erweitern. So entstund denn der heutige summarische Prozeß, oder vielmehr er blieb, was er ursprünglich für alle Streitfälle war, nun nur noch für die ausgezeichneten. Da also hierbei nur einzelne Modifikationen (besonders Förmlichkei-

tigt sich von sich selbst. Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch Abschneidung von Formalitäten des sonst im ordentlichen Prozesse geltenden Verfahrens ist hier nicht so bedenklich, als die Wahrscheinlichkeit der aus einer verzögerten Rechts-

---

ten des Verfahrens, die nur zur Erreichung eines höhern Grades von Zuverlässigkeit des regelmäßigen Ganges eingeführt worden) erlassen sind, nach Art einer streng auszulegenden Dispensation von dem Gesetz: so ist klar,

1) daß wesentliche Bestimmungen hierunter nicht begriffen werden konnten, weil nicht diese, sondern nur die hinzugekommenen Modifikationen, als für gewisse Fälle unpassend und hindernd, weggeschafft werden mußten;

2) daß, selbst wenn man den ordentlichen Prozeß in seinen Formen mehr vereinfacht (was allerdings möglich und räthlich ist), dieser in alle Wege die Regel, der summarische, beziehungsweise doch immer kürzere, Prozeß aber die Ausnahme ist und seyn muß;

3) daß, da Ausnahmen als etwas Ausserordentliches nicht zu vermuthen sind, es überall bei der Regel bleibt, wo nicht der ausdrückliche oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grund eines Gesetzes zu erklärende Wille desselben eine Ausnahme zuläßt.

Uebrigens liegt es in der Natur der Sache, daß das Gesetz nicht alle einzelne Modifikationen, die als erlassen anzusehen sind, auszeichnen kann, und daß hier vieles dem vernünftigen richterlichen Ermessen überlassen werden muß, weil die Gesetze überhaupt nicht als bloße Leisten betrachtet werden sollen und können. Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut Senatusconsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet. L. 12. D. de legibus.

hülfe oder zweckwidrigen Behandlung entstehenden Gefahr oder Nachtheile. Es giebt auch hier, wie an dem menschlichen Körper, Krankheitszufälle, wo eine sorgsam bedächtliche Pflege gefahrdrohender wäre, als die Anwendung eines drastischen Mittels.

§. 19.

Motive.

Die Gesetzgebung geht hierbei besonders aus von Betrachtungen

a) eines Mißverhältnisses zwischen Mitteln und Zweck;

b) der besondern Gefährlichkeit einer verzögerten Rechtspflege;

c) einer besonders eingegangenen Verpflichtung der Parteien; endlich

d) besonderer Billigkeitsgründe.

Nach diesen verschiedenen Ansichten ergeben sich also eigentlich vier verschiedene Gattungen von summarischen Prozessen, und zwar:

auf a) solche, wobei aus dem Grunde, weil ein weitläufiges Verfahren und der dadurch bewirkte Zeit- und Kosten-Aufwand mit dem Gegenstande des Streits im Mißverhältniß stehen würde, eine kürzere Verfahrungsart angeordnet werden mußte. Dieß ist der Fall in geringfügigen oder s. g. Bagatellsachen. Der mindere Belang des Gegenstandes war das Motiv für den Gesetzgeber, hier eine Ausnahme von der Regel des förmlichen Prozesses zuzulassen.

---

50) Vergl. v. Gönner's Handb. IV. n. 80. §. 2. fgg.

Die Natur der Sache verbot, den Maßstab der Wichtigkeit eines Prozesses nach Rücksichten von dem Zustande der streitenden Individuen oder der Verwickelung des Falles zu reguliren. Niemand wird läugnen, daß die redhibitorische Klage, deren Gegenstand eine Ziege ist, dem, der sie anbrachte, so wichtig und auf seine Wohlfahrt so einflußreich seyn kann, als einem andern der Prozeß über die Gewährsmängel eines erkauften Ritterguts [51]). Darum sollte man auch bei der Behandlung einer Sache als geringfügig [52]) darauf billige Rücksicht nehmen, wenn deren Gegenstand das ganze Vermögen eines Menschen ausmacht. Sonst aber ist nicht zu mißkennen: wenn man das, was Kleinigkeiten sind, unangesehen, daß sie auch nach so mannigfachen Beziehungen im Leben der Menschen schon als Kleinigkeiten betrachtet werden, mit der Sorgfalt wie das wichtige pflegen wollte; so würde man aus lauter Scheu vor Ungerechtigkeit eine Ungerechtigkeit begehen, schon an dem unersetzlichsten Gute: der Zeit. Man würde, so zu reden, Mücken säugen und Kameele zu Grunde gehen lassen, und indem man den Streit de glande legenda mit aller Sorgfalt behandelte, weil er verwickelt ist, oder weil er einen Armen betrifft, viel-

51) Oder wie sich von Kreitmayr gemüthlich ausdrückt: Es thut einer Maus, wenn man ihr die Haut über den Kopf abzieht, eben so wehe als einem Mastochsen.

52) Die preuß. G. O. nimmt 50 Pr. Thaler, die baierische 50 fl. rhein. (schon im Jahr 1753!) an. Hr. v. Gönner schlägt 100 fl. vor, in s. Entw. eines Gesetzb. über das ger. Verfahren. Wird das Verfahren in geringfügigen Sachen auch geringfügig, also gleichgültig und oberflächlich behandelt, wie vielen Menschen kann wehe gethan werden!

leicht Lust und Muße verlieren, einem Lehens- und Allod-Separationsstreit seine volle Aufmerksamkeit zu widmen oder man würde die Zahl der Richter um das drei- und vierfache vermehren müssen [53]), und am Ende würde das Treiben der Menschen hauptsächlich in Prozeßführen und in der Theilnahme daran, wenigstens als Nebenpersonen, bestehen. — Hier muß also die richterliche Thätigkeit besonders modifizirt erscheinen, um der Willkühr der Partei aus Gründen des öffentlichen Wohls einen Damm entgegenzusetzen.

Ein Mißverhältniß zwischen Mittel und Zweck und noch mehrere unzubeseitigende Schwierigkeiten und Störungen würden auch die Folge seyn, wenn man nicht bei Untergerichten ein einfacheres Verfahren als Ausnahme von demjenigen zulassen wollte, welches bei anders organisirten Obergerichten statt findet. Es muß deßhalb auch der Untergerichtsprozeß ein summarischer seyn, vornämlich da, wo mündlich verfahren wird.

Auf b) Aus Gründen, die in den eigenthümlichen Verhältnissen des Streitgegenstandes liegen, kann eine verzögerte Justiz ganz besonders gefährliche Folgen haben. Bei den Prozessen in Grenz-, Bau-, Landes-Cultur-, Gemeinheitstheilungs-, Merkantil-, Possessorien-, Kirchen- und Stiftungs- Sponsalien und Ehe-Sachen ist es nicht das Interesse der Strei-

53) Nach der Erfahrung würde aber auch diese Vermehrung wenig helfen, weil, wie jene lehrt, die Vermehrung der Geschäftsbesorger gewöhnlich nur diesen, nie dem Geschäfte selbst zu gute kommt.

tenden allein, um das sichs handelt; es ist mittelbar die bürgerliche Gesellschaft, die Erhaltung der Ruhe, der Ordnung und Sittlichkeit und des gemeinen und Familien-Wohlstandes dabei betheiligt. Hier ist daher eine kleine Anomalie, ja selbst die Möglichkeit einer übereilten Rechtspflege bei weitem kein so großes Uebel, als dasjenige, welches aus einer dauernden Ungewißheit der Rechte entsteht. Der Richter kann daher z. B. bei Erlassung eines Strafbefehls in Streitigkeiten über Bauten und Anlagen an öffentlichen Strömen nicht warten, bis der saumselige Impetrant, vielleicht erst, wenn es zu spät ist, Uferbrüchen zu wehren, um Execution anruft. Er kann auch nicht geschehen lassen, daß eine Mutter ihren Gatten und ihre Kinder verlasse: er vollstreckt sein mandatum de revertendo auch ohne weiteres Anrufen des Mannes. Gleiche Ansichten treffen bei Injurien-, Frevel- und Gesindesachen ein, wo sie nicht ohnehin zur Polizey gewiesen sind. Daß Alimentensachen ein schleuniges Verfahren fordern, bedarf wohl am wenigsten einer nähern Erläuterung. So fordert auch die Humanität Beschleunigung der Streithändel der Reisenden.

Auf diesem Prinzip der besondern Gefährlichkeit einer verzögerten Justiz beruht auch der unbedingte Mandatsprozeß, so sehr derselbe bei dem ersten Anblick als eine unleidliche Erfindung der Willkühr sich darstellt, da es scheint, als ob der Beklagte hier ungehört verdammt würde.

Bei bloßen Incidentpunkten und Provisionalverfügungen, welch letztern sich die Arrestsachen (ausser dem sonst in ihrer Natur liegenden Beschleunigungsgrund) sowie der Provokations-

prozeß und sämtliche präparatorische Verhandlungen anreihen, erheischt die Eigenthümlichkeit ihrer Tendenz Beschleunigung. Ein doppelter Streit ist ohnehin ein doppeltes Uebel, und die Abkürzung also durch die Vernunft geboten.

Der Rechnungs- und Concursprozeß ist im Grunde ebenfalls ein cumulus von Prozessen; dieß und sonst die eigenthümlichen Modifikationen des letztern machen ein abgekürztes Verfahren im Einzelnen zur unerläßlichen Bedingung der Erreichung des vorgesetzten Zwecks. Vornehmlich würde im Concurse die Willkühr der einzelnen Streitgenossen mit der Gesammtheit in Widerspruch gerathen, wenn der Richter nicht durch seinen kräftigen Willen, der auf gesetzliche Bestimmungen gebaut ist, das Ganze zusammenhielte [54]. Bei dem Concursprozesse besorgt der Richter auch das Interesse der unbekannten Gläu-

---

54) Gerade im Concursprozesse wäre Endlosigkeit, Verwirrung und große Beschädigung unvermeidlich, wenn die Grenzen der richterlichen Gewalt nicht ausgedehnter wären als sonst. Man denke sich nur neben einer ansehnlichen Aktivmasse und einer noch ansehnlichern Passivmasse, daß hier 1) eine Gesammtheit von Gläubigern als Kläger gegen Ein Individuum, den Gemeinschuldner, als Beklagten; 2) ein Mitgläubiger als Kläger (pto liquiditatis) gegen eine Gesammtheit von Gläubigern (oder den Massavertreter) als Beklagte, denen sich gewissermassen, wegen seines eventuellen Interesse, der Cridar als Intervenient anschließt; 3) ein Mitgläubiger als Kläger (pto prioritatis) gegen einzelne Mitgläubiger als Beklagte handeln; nicht zu gedenken der activen und passiven Ansprüche zwischen dem Corps der Gläubiger oder dem Massacurator und einem Dritten, der Schuldner oder Gläubiger der Masse ist.

diger aus Pflicht der amtlichen Fürsorge, und daher eröffnet er auch, bei unzweifelhafter Vermögens-Unzulänglichkeit eines Schuldners, den Concurs von Amtswegen, um einseitige Dispositionen zum Nachtheil aller Berechtigten zu verhindern, und sorgt für die Sicherheit der Aktivmasse.

Auf c) Das abgekürzte Verfahren kann aber auch seinen Grund in einer besonders eingegangenen Verbindlichkeit, also in einer vorhergehenden Uebereinkunft der Parteien haben. Wer Wechselbriefe und zum Executivprozesse geeignete Instrumente ausstellt, geht die Verpflichtungen ein, die ihm auch für die Prozeßführung daraus erwachsen. Es versteht sich von selbst, daß, da diese Art der summarischen Prozesse nur zum Vortheil eines der streitenden Theile, des Klägers, eingeführt ist, mit Einwilligung dieses einer ihm minder günstigen Prozeßart statt gegeben werden kann. Diese Einwilligung kann ausdrücklich erfolgen, durch Anstellung der Klage im ordentlichen Prozeß, aber auch stillschweigend durch Cumulation der Klagen, wobei der Kläger den Vortheil des gemeinsamen Prozesses für die gehäuften Klagen dem einer ausserordentlichen Prozeßart vorzieht. Hat sich der Beklagte hierauf eingelassen, so hat dieß, nach dem Grundsatz: ad renunciata non datur regressus, die Folge, daß der Kläger nun das Verfahren im ordentlichen Prozeße durchmachen muß [55].

---

55) Ueberaus praktisch ist die hieraus gefolgerte Bemerkung v. Gönner's (im Handb. II. 30. §. 7.), daß es gegen den bemerkten Grundsatz (ob es gleich öfters geschehe) anstossen würde, wenn ein Kläger, der im Wege des

Auf d) Aus einer besondern gesetzlichen Begünstigung und aus Gründen der Billigkeit, ja selbst der Nothwendigkeit, wird die Wohlthat eines einfachern Verfahrens, vorzüglich in persönlichen Klagsachen zu Theil: den Soldaten, den mitleidswürdigen Personen und den Rechts- und Geschäftsunerfahrnen besonders vom Landvolke, ausserdem auch, eben dieser Rechtsunwissenheit wegen, überhaupt aber aus Gründen der Klugheit und des gemeinen Wohls, eine eigenthümliche Verwendung des richterlichen Amts. Das gemeine Wohl ist in der That sehr dabei betheiligt, ob diesen Personen die Mittel ihres Fortkommens in der bürgerlichen Gesellschaft erhalten, oder durch gewinnsüchtige Menschen unter Begünstigung einer nachlässigen Vertheidigung entzogen werden. Auch von juristischer Seite, und als eine von der Nothwendigkeit gebotene Maßregel betrachtet, erscheint diese Anordnung gerechtfertigt, sofern als das suppletorische Amt des Richters hier ersetzt, was ausserdem dem genüglichen rechtlichen Gehör fehlen würde, welches das wesentlichste Erforderniß des Prozesses ausmacht.

---

ordentlichen Prozesses geklagt hat, die Antwort des Beklagten, worin der Klaggrund zugestanden worden, so verdrehen wollte, daß er die Klage für liquid ausgäbe, und auf ein Executiv-Verfahren wider den Beklagten dränge, welches forderte, seine illiquiden Einreden zur besondern Ausführung zu verweisen. Vielmehr muß hier die Prozeßart, worin der Streit anhängig ist, beibehalten, der Exceptionssatz dem Kläger zur Replik mitgetheilt, und der Streit bis zum Ende im Wege des ordentlichen Prozesses verhandelt werden.

Gewöhnlich werden in diese Classe der privilegirten Parteien auch

a) die Pupillen und

b) die Ehefrau in Ansehung ihres Heirathsguts,

und zwar diese in soweit gerechnet, daß der Richter von Amtswegen α) im Fall der Abwesenheit oder Gefangenschaft des Vaters das Heirathsgut der Tochter bestimmt (L. 5. §. 4. D. de jure dot.); β) für Erhaltung des Heirathsguts sorgt, wenn er den Vermögensverfall des Ehemannes wahrnimmt; γ) den Vater, welcher das Heirathsgut zurückfordert, abweiset, wenn er der Verschwendung verdächtig ist (L. 22. §. 6. D. soluto matrim.); δ) den Vater zwingen kann, seine Tochter zu dotiren[56]. —

Allein genau betrachtet vermischt man hier wie schon oben §. 4. n. VI. bemerkt worden, die Pflichten des Richters als Obervormunds mit derjenigen Hauptobliegenheit, die er als Richter im streitigen Prozesse hat. Wenigstens wird in der Praxis diese verschiedene Beziehung genau beobachtet, und wo der Richter zugleich Obervormund eines Litiganten ist, werden die verschiedenen Ressorts nicht vermischt. Der Vormund ist es, welcher bei Pflegbefohlnen, wenn gleich in gewisser Art unter Autorität und Leitung des vormundschaftlichen Gerichts als Kläger oder Beklagter handelt; und in den 4 bemerkten Fällen, wo der Richter für das Heirathsgut sorgt, muß dieß analog eben so seyn, weil er sonst Partei

56) Gönners Handbuch I. n. 10. §. 43. und der daselbst angeführte Böhmer a. a. O. Cap. II. §. 8.

und Richter zugleich seyn würde. Für die Tutel- und Curatel-Bedürftigen ist übrigens ohnehin in den Gesetzen auf so mancherlei Weise gesorgt, damit sie in ihrem Rechtsstande nicht benachtheiligt werden, daß sie mit den übrigen hier bemerkten Schutzbedürftigen durchaus nicht auf einer Stufe der Schutzbedürftigkeit stehen, also nicht noch ausserdem dieses ausserordentlichen Beistandes des Richters bedürfen.

Hier kann also nur von denjenigen Parteien die Rede seyn,

> die eigentlich die freie Disposition über ihr Vermögen haben, und keiner vormundschaftlichen Aufsicht unterworfen sind, gleichwohl aber eines eigenthümlichen Schutzes benöthigt sind,

das heißt also von mitleidswürdigen, besonders von geschäftsunerfahrnen Personen, soweit sie mit Rechtsanwälten nicht versehen sind.

Da in keiner Beziehung der Richter mehr in den Fall kommt, von Amtswegen thätig seyn zu müssen, als in dem zuletzt berührten, besonders bei Untergerichten, also gerade da, wo der Prozesse größte Zahl zu finden ist; so findet eine nähere Betrachtung über die Grenzen der richterlichen Befugniß und Verpflichtung eben hier einen Gegenstand, der an sich und der möglichen critischen Collisionen wegen überaus praktisch, und von hohem Interesse für die Rechtspflege ist. Ich glaube mich daher etwas länger dabei verweilen zu müssen, um zu versuchen, für die möglichen Collisionen zwischen der richterlichen Theilnahme an dem Interesse einer Partey und der gleich

durchgehenden Gerechtigkeit Regeln des Verhaltens aufzustellen.

§. 20.

Winke zur Vermeidung von Collisionen bei der richterlichen Fürsorge für unberathene Parteien.

Wenn bei der Instruktion des Prozesses mittelst des mündlichen Verfahrens die Partei selbst der Rechte kundig oder mit einem Sachwalter versehen ist, so fällt jede Veranlassung des instruirenden Richters zur positiven Thätigkeit für deren Bestes von selbst weg, und kommt es auch aus leicht begreiflichen Gründen nicht darauf an, ob die Partei und ihr Advokat Kenner oder nur Bekenner der Rechtswissenschaft sind. Selbst diejenige Partei die zwar nicht rechtskundig, jedoch in den Geschäften des bürgerlichen Lebens erfahren ist, und sonst nicht auf einer der niedrigern Stufen der Bildung steht, erfordert eine minder rege Theilnahme des instruirenden Richters bei der Verbesserung ihres Vorbringens; von einer Verbindlichkeit deßfalls ist dieser ohnehin gesetzlich dispensirt [57]), ja seine Befugniß dürfte man ihm im Zweifel eher bestreiten als zugestehen. Indessen kommt hier alles auf die besondern Verhältnisse des Falles und der

57) Denn das Gesetz, welches bestimmt: Eis, qui ob aetatem vel rusticitatem vel ob sexum lapsi non ediderunt, *vel ex alia justa causa*, subvenietur, L. 1. §. 5. D. de edendo, leidet, der generellen Clausel ungeachtet, nicht wohl eine Ausdehnung auf alles, was nicht Jurist ist. Es würde sonst die Regel, nach welcher sich der Richter bei der Instruktion des Civilprozesses mehr passiv als aktiv verhält, in der Ausnahme kaum mehr erkennbar seyn.

Person an, wenn schon der Richter in der Regel wohl immer am sichersten verfährt, einer Partei, die nicht ausdrücklich mit der Wohlthat der entschuldbaren Rechtsunwissenheit vom Gesetz versehen ist, die Annahme eines Sachwalters zu empfehlen. Hat man aber mit rechts- und geschäftsunerfahrnen Leuten (denn bloß auf den Bauerstand kann man sich wohl nicht ganz allein beschränken, und also die nicht minder hülfsbedürftige Zahl gemeiner Bürger und Professionisten von der Fürsorge ausschließen), zu thun, was bei Untergerichten in der Regel der Fall ist: so ist eine thätige Leitung für den Richter nicht weniger Pflicht, als eine gründliche Rechtspflege überhaupt. Schon die Klugheit mahnt hier zu rechter Zeit das Beste einer solchen Partei wahrzunehmen, und es nicht darauf ankommen zu lassen, ihr hinterher durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Verzögerung der Sache helfen zu müssen [58]. Zwar man könnte einwenden, den Rath, sich einen Sachwalter anzunehmen, könne man jedem Rechtsunerfahrnen, man könne ihn auch dem Bauer geben, und damit habe aller Zweifel ein Ende. Auch setzt L. 9. §. 3. D. de juris et facti ignorantia ausdrücklich voraus, daß die Rechtsunwissenheit nur dann nicht schade, wenn man einen Rechtskundigen zu fragen keine Gelegenheit gehabt. Aber sollte bei Untergerichten, wovon hier hauptsächlich die Rede ist, der zu befragende Rechtsverständige schlechthin nicht der Richter seyn dürfen, besonders nach der Verfassung dieser Gerichte, so müßte vieles anders werden, als es

58) Melius est intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere. L. 5. C. in quibus caus. in integr.

es ist, und kein Bauer dürfte ohne Advokaten irgend etwas vor Gericht bringen. Hommel, der es etwas genau mit der bäuerlichen Ignoranz nimmt [59]), räumt doch selbst an einem andern Orte (vergl. S. 4. oben) den Richtern viel in Ansehung der Vertretung Rechtsunerfahrner ein, ja macht es ihnen sogar zur Pflicht. Nicht selten wird der Bauer, wenn man ihn an einen Sachwalter weist, theils aus Scheu vor den Kosten (und das hat er oft sehr Ursache) theils aus Vorurtheil den Rath nicht befolgen wollen. Er mag von einem Advokaten nichts wissen; dieß kann ich nach meiner Erfahrung wenigstens als Regel behaupten. Soll man ihn nun wider seinen Willen dahin bringen, daß er sich allmählig mit gewissen gehässigen Vorstellungen aussöhnt, endlich wohl gar am Prozessiren Gefallen gewinnt? oder soll man ihn seinem hülflosen Schicksal überlassen, zur Strafe eines Vorurtheils, welches in anderer Beziehung seiner Denkart Ehre bringt? — So lange daher nicht gesetzlich geboten ist, daß bei keinem Gericht irgend jemand ohne Rechtsanwalt handeln dürfe, kann und darf dem Bauer aus dem nicht befolgten Rath eines vielleicht bequemen Richters: sich des Beistandes eines Advokaten zu bedienen, kein Nachtheil erwachsen.

Was über diese richterliche Vertretung und thätige Leitung (die man immerhin für eine menschliche Unvollkommenheit halten mag, an deren so mancher unsere Einrichtungen leiden,) Hommel an dem oben S. 4. angeführten Orte sagt, ist in der Praxis allbekannt, und wird keineswegs bloß „in causis minutis" sondern auch in wichtigen Dienstbarkeits- und an-

---

59) In rhaps. T. III. obs. 477.

dern Streitigkeiten beobachtet. Ja wir können behaupten, daß ein großer Theil der Unterrichter vielleicht nicht mehr daran denkt, sich zu fragen: ob auch hier alles in der Ordnung sey, und es vielleicht recht überflüssig finden möchte, wenn er hier läse, daß man die Sache eben noch nicht so ganz ausgemacht und über alle Bedenklichkeit erhoben betrachte. Man darf aber nur einen Augenblick nachdenken, und den nächsten den besten Rechtsfall sich vergegenwärtigen, um sich zu überzeugen, daß hier der Richter zwei sehr bedenkliche Abwege vor sich hat. Er kann eben so den Vorwurf einer pflichtwidrigen Vernachlässigung durch zu wenig Interesse an der Rechtsangelegenheit der Partei auf sich laden, als er in seinem Eifer in der Vertretung des Rechtshülfsbedürftigen zu weit gehen und darüber vergessen kann, was man bei seinem richterlichen Amt als den wesentlichsten Theil seiner Thätigkeit in Anspruch nimmt. Darf man gleich annehmen, daß die Mehrzahl der Richter eher zu dem erstern als zu dem letztern Extreme sich neigt, und zwar nicht immer aus Zartgefühl für die Hauptpflicht des Richters, sondern vielfältig bloß aus Bequemlichkeit: so kann doch leicht erachtlich dieß allein eine nähere und aufmerksamere Betrachtung der Grenzlinie zwischen jenen zwei Extremen nicht überflüssig machen.

Wer da glauben möchte, daß der gemeine Bürger oder Bauer (wir wollen jetzt nur bei diesen stehen bleiben, ob man gleich recht gut noch einige Stufen in der Rangordnung der Bildung höher steigen dürfte,) seine Klage oder sonst sein rechtliches Anbringen schon von selbst in der Form vortrage, wie es den beabsichteten richterlichen Beschluß motivirt, der würde damit eine grosse Unkunde in dieser

Art des Verkehrs bekennen, und so würde man denn auch sehr irren, wenn man alles dasjenige, was diesem in den Regeln des mündlichen Vortrags Ungeübten, als von ihm zu Protokoll erklärt, in den Mund gelegt wird, dafür, daß er es so vorgebracht, annehmen wollte. Dem größten Theile der zur niedern Volksclasse gerechnet werdenden Menschen fällt es schon schwer, eine einfache Erzählung vorzubringen, ohne daß die Gerichtsperson durch dazwischen gelegte Fragen dem verworrenen und langweiligen Erzähler, fast bei jeder Periode einen neuen Anstoß geben müßte, zu geschweigen, daß man einen zweckmäßig geordneten Vortrag und einen schlüssigen Antrag erwarten dürfte [60]). Sein Gefühl sagt ihm bloß, indem er klagt, daß ihm nicht recht geschehen; er wünscht, daß ihm geholfen werden möchte, aber das Wie erwartet er von der richterlichen Obrigkeit, und er tritt mit keinem andern Gedanken in die Gerichtsstube, als daß es der Herr Amtmann schon zum Besten machen werde, wenn er ihm nur seine Sache erzähle. Wenn dieß richtig ist, wie nicht bezweifelt werden kann, wenn der Unterrichter fast täglich in den Fall kommt, gewissermassen den Advokaten der rechtsuchenden Partei und dann wieder den ihres Gegners und endlich den Richter beider zu machen, und wenn die Prozeßordnungen und

---

60) Ein bedenklicher Erfahrungssatz auch für die Criminalprozeß-Gesetzgeber! Es werden lange nicht alle Fragen geschrieben, die bei dem sogenannten summarischen Verhör von dem Inquirenten gemacht werden. Wer weiß, wie manche Suggestivfrage sogar hier das Jahr hindurch unterlaufen mag. Vieles wäre darüber zu sagen, doch hier ist der Ort nicht. —

praktischen Rechtslehrer wenig oder gar nichts darüber enthalten:

> wie denn eigentlich der Richter sich hierbei zu benehmen habe, um nicht mit seiner Hauptpflicht in Widerspruch zu gerathen, durch eine gefährliche Einseitigkeit oder, was noch schlimmer wäre, durch das Bestreben, die Sache der gemachten Einleitung nach durchzuführen, um sich nicht dem Vorwurfe der Ungeschicklichkeit auszusetzen;

so scheint es beinahe, als ob man der Verlegenheit, es anders zu machen, durch ein Ignoriren dessen, was geschieht und gewissermassen geschehen muß, sich habe überheben wollen. Allein so bequem auch dieses Ignoriren für denjenigen seyn mag, der die Aufsicht auf die Rechtspflege zu führen hat, so ein trauriges Bekenntniß der Unvollkommenheit enthält es, und so wenig ist damit die Lage des Richters selbst verbessert, bei welcher, so prekär, wie sie hier erscheint, die Rechtlichkeit seines Verfahrens alle Augenblicke Anfechtungen leiden, oder wobei wenigstens sein Zartgefühl von dem Gedanken einer Willkühr oder Einseitigkeit unangenehm ergriffen werden muß. — Die Wahrheit ist bei dieser Erscheinung:

> wir fühlen, daß wir hier mit dem reinen Verhandlungsprinzip nicht auskommen, sondern eigentlich das Untersuchungsprinzip wenigstens mit anwenden müssen, ja daß das letztere vorherrschend ist.

Der Richter muß fragen, ausforschen [61]) und nach

---

61) Diese Verbindlichkeit legen ihm ausdrücklich sogar die Gesetze auf. Cap. 10. X. de fide instrumentorum: judex,

den Resultaten seiner Untersuchung componiren. Wollen wir ihm dieß nicht gestatten, so wollen wir auch keine Unwissenheit dessen affektiren, was wirklich geschieht; nicht durch eine unzeitige Connivenz uns inconsequent zeigen, und damit den Richter, wie man sagt, auf das Eis führen. Wir wollen lieber ihm unverhohlen sagen, daß er von der s. g. Verhandlungs-Maxime sich durchaus keine Ausnahme erlauben dürfe, daß er die Vorträge der Partei genau nach ihrem eigenen Anbringen zu Protokoll nehmen, im Wesentlichen zum Vortheile der Rechtsuchenden nichts dazu oder davon thun, daher schlechthin von dem Untersuchungs-Prinzip sich entfernt halten, also gleichsam den erbaulichen Denkspruch: fiat justitia et pereat rusticus! praktisch machen müsse. Ist dieses aber nicht der rechte Weg, und kann er es nicht seyn, so muß man dem Richter die Schranken vorzeichnen, in denen seine Thätigkeit auch vorwurfsfrei wirksam seyn kann. Er soll nicht in der Lage seyn, aus Aengstlichkeit und Gewissensscrupeln weniger zu thun als er sollte; aber er soll auch in seinem Eifer für das Beste einer unberathenen Partei nicht vergessen, daß das

qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari, potest interrogare de facto, quotiens dubitationis aliquid occurrit; ferner: Clement. 2. de Verb. Sign. Interrogabit judex etiam partes sive ad earum instantiam sive ex officio ubicunque hoc aequitas suadebit. Hier ist zwar nur von dem summarischen Prozeß aber doch nach dem Verhandlungs-Prinzip die Rede. R. A. de 1654, §. 41. verbis: . . . wie denn auch dem Richter das arbitrium auf ein oder den andern, oder auf allen Punkten die Antworten in jedem Theil des Gerichts zu erfordern frei und unbenommen bleibet.

vigilantibus jura scripta in seiner Art auch auf den Bauer Anwendung findet. Er soll daher sich hüten, Einwendungen und Behelfe an die Hand zu geben, woran die Partei vielleicht gar nicht dachte, die sie in ihrer schlichten Vorstellung oder wenigstens Ahndung von dem was Recht ist, vielleicht gar verschmäht haben würde; Behelfe bei deren Nichtgebrauch sie kein wohlerworbenes Recht verloren haben würde, bei deren Gebrauch aber sie vielleicht einer, wenn auch nur unvollkommenen, natürlichen Verbindlichkeit sich entzogen hat.

Es ist in der That nicht die leichteste von den Forderungen, die man an einen Richter macht, hier das Rechte zu finden, und die richterliche Unbefangenheit und Parteilosigkeit mit der Theilnahme in ein richtiges Verhältniß zu bringen, die hier dem Richter zur Pflicht gemacht wird [62]).

§. 21.

Das Gesagte durch ein Beispiel erläutert.

In Fällen, wo es auf gewisse Manipulationen im Verfahren ankommt, lehren Beispiele oft besser

---

62) Man muß überhaupt die Fälle, wo der Richter de simplici et plano verfahren soll, nicht geradezu für Bagatellsachen, auch rücksichtlich der ihnen zu widmenden Sorgfalt betrachten. Sie sind in sofern oft sehr schwierig, als sie bei minderer Muße abgewandelt werden müssen, und von dem Instruenten reife Urtheilskraft, schnelle Besonnenheit und eine stets gegenwärtige Theorie fordern. Man hat daher sehr unrecht, wenn man die Bearbeitung dieser Sachen den minder Geübten überlassen zu dürfen glaubt. Auch habe ich oben schon (Anm. 52. zum §. 19.) bemerkt, daß oberflächliche Behandlung geringfügiger Sachen nichts weniger als gut justizmäßig sey.

als Regeln. Folgender Akt, wo ich den Richter und den Bauer über eine von dem letztern angebrachte Besitzstörungsklage in Gesprächsform handeln lasse, mag daher, wenigstens dem Anfänger, ein Fingerzeig über die hier zu beobachtenden Maximen werden.

Bauer: In dem Hofraume meines Nachbars Kunz ist ein Brunnen, wo ich von jeher mein Vieh getränkt habe, indem das Wasser aus dem Brunnen in meinem Hofe nicht trinkbar ist, welches wir daher auch nur zum Reinigen des Geschirrs ꝛc. brauchen können. Schon zu meines Vaters Zeiten und vorher war dieß so, und dieser hat mir öfters gesagt, daß es mit des Kunz Vorbesitzern ausgemacht worden, daß die Besitzer unseres Hofs ihr Vieh bei dem Brunnen des Kunz tränken dürften. Es thut dem Kunz auch gar keinen Schaden, wenn ich mein Vieh dort tränke; das muß jeder Billigdenkende zugestehen. Nichts destoweniger nöthigt er mich jetzt, daß ich ihn verklage, wovon die Veranlassung eigentlich folgende ist. Vor vier Wochen hat meine Frau mit der Frau des Kunz einen Schimpfhandel gehabt. Seitdem will meinem Nachbar das Tränken meines Viehes nicht mehr recht anstehen, und er hat schon ein paar Mal zu meiner Magd gesagt, er leide es nicht mehr, und ich hätte kein Recht, er hätte es bisher nur aus gutem Willen zugegeben. Ich solle nur meinen Brunnen gehörig fegen lassen, oder sehen, wo ich sonst Wasser zum Tränken bekäme; kurz er leide es nicht mehr. Unlängst hat er sogar meiner Magd gedroht, er wolle, wenn sie wieder mit dem Vieh käme, dasselbe mit dem Hunde hinaushetzen. Dieß hat er nun zwar nicht gewagt, aber gestern hat er aus Bosheit seine Wagen und anderes Geräthe so gestellt, daß das Vieh nicht zu dem Brunnen

kommen konnte. Der Gemeindevorsteher hat ihm zwar auferlegt, das Hinderniß weg zu thun, und er hat sich gefügt, dabei aber im vollen Zorne geäußert: er wolle schon machen, daß mir die Lust zum Tränken verginge; ich müßte ihm erst beweisen, daß ich ein Recht hätte. Denn was angeblich zwischen unsern Vorbesitzern vorgegangen, sey was ganz anderes und gebe mir kein Recht. Er behaupte, daß es ein guter Wille und eine Vergünstigung gewesen, daß er mich solange zu seinem Brunnen gelassen. Sein Vorbesitzer habe dagegen von meinem Vater andere Gefälligkeiten erhalten; das habe jetzt aufgehört. Ich sagte ihm aber, ich wolle ihm schon weisen, wer Recht habe. Mein Vater hat mir nämlich gesagt, daß er schon von seinem Vater gehört habe, daß dieß ein gar altes Recht sey, und daß es schon im Saalbuche stehen müsse.

Richter: (hatte vorstehende Erzählung durch manche Zwischenfrage herausgebracht.) Sage Er mir, was will Er nun?

Bauer: Sie möchten mir eben vor meinem bösen Nachbar Ruhe schaffen; denn nach seinen Reden fürchte ich alle Tage einen neuen Possen, und möchten das Saalbuch aufschlagen; auch bitte ich um einen Augenschein [63]). Da werden sie finden, daß es eine bloße Bosheit von dem Kunz ist.

---

63) Es kommen selten in der Praxis Klagen dieser Art vor, wo der Bauer nicht einen Augenschein verlangt. Er setzt ein großes Gewicht auf die anschauende Kenntniß, und es scheint, als ob der schlichte Menschenverstand hier ihn so unrecht nicht führe. Auch glaubt er so geschwinder zum Ziele zu kommen. Hofft er etwa mit der intuitiven Kenntniß zugleich das Gefühl des Richters in das Interesse zu ziehen? —

Richter: Wie lange besitzt Er schon sein Gut?

Bauer: An Lichtmeß war es 13 Jahre.

Richter: Hat er niemals einen Streit mit dem Kunz wegen dieser Tränke gehabt?

Bauer: Ein einziges Mal, vor ungefähr vier Jahren. Da wollte er, daß ich zu einer Reparatur an dem Brunnen einen Beitrag thun sollte, und weil ich mich nicht dazu verstehen wollte, so sagte er, er leide es nicht mehr, daß ich mein Vieh tränke. Der Gemeindevorsteher hat uns aber vereinigt, und ich habe ihm ein paar Fuhren gethan.

Richter: Warum hat Er diese Fuhren gethan?

Bauer: Der Gemeindevorsteher hat mir eben zugeredet, und die Sache so vermittelt, und so wollte ich eben nicht feindselig seyn.

Richter: Hat Ihm sein Nachbar seitdem kein Hinderniß mehr in den Weg gelegt?

Bauer: Nein, als was ich vorhin gesagt habe.

Richter: Kann Er beweisen, daß Er, wie Er angegeben, und wenigstens seit Jahr und Tag sein Vieh an diesen Brunnen zur Tränke getrieben hat.

Bauer: Ja das weiß das ganze Dorf, und der Kunz verlangt es selbst nicht zu läugnen. Er sagt nur, es sey ein guter Wille von ihm gewesen, daß er es geduldet. Wenn Sie aber einen Zeugen wollen, so können Sie gleich den Gemeindevorsteher vernehmen, der heute hier ist. Aber vor allem bitte ich um einen Augenschein.

Richter: Den Gemeindevorsteher will ich vernehmen. Aber warum soll ich einen Augenschein einnehmen?

Bauer: Damit Sie eben sehen, daß es eine bloße Bosheit von dem Kunz ist, daß ich ihm gar keinen Schaden bringe, und daß ich die Tränke haben muß, weil ich nirgends anders tränken kann.

Richter: Darauf kommt jetzt soviel nicht an; auch würde es Ihm gar nicht einmal gut seyn, wenn man die Sache ohne Noth weitläufig machen wollte. Wenn alles so ist, wie Er mir angegeben, und der Zeuge aussagt, daß Er seit der Irrung vor 4 Jahren sein Vieh immer ohne Widerspruch zur Tränke geführt hat, so werden wir vor der Hand wenigstens, keinen Augenschein und kein Saalbuch brauchen. Denn die Gesetze verordnen, daß sich niemand selbst Recht verschaffen solle, und in so fern hat also auch Sein Nachbar Kunz — ich setze voraus, daß Sein Angeben wahr ist, — Ihm aus eigener Macht kein Hinderniß in den Weg legen sollen. Die Gesetze bestimmen ferner, daß in solchen Fällen bis zu ausgemachter Sache alles beim Alten gelassen, und daß der Gekränkte, wie man sagt, im Besitze geschützt werden solle. Er kann daher ebenfalls verlangen, daß sein Nachbar Kunz Ihm das streitig gemachte Recht einstweilen ausüben lasse, bis die Hauptsache, oder wer eigentlich recht habe, untersucht und entschieden ist, welches oft lange dauern kann. Der Gekränkte oder Gestörte pflegt daher sein Gesuch dahin zu richten: ihn im Besitze zu schützen, (also hier bei Ausübung der Befugniß, sein Vieh zur Tränke zu treiben) dem Gegentheil alle Störung bei namhafter Strafe zu verbieten, auch demselben Sicher-

heitsbestellung gegen fernere Beunruhigungen und die Erstattung der Kosten aufzulegen. — Will Er dieß auch verlangen, oder will Er es auf Untersuchung des Rechts ankommen lassen, bis dahin aber den Brunnen meiden, wenn Ihm sein Nachbar nicht gutwillig ferner die Tränke gestattet?

Bauer: Gott bewahre! Das kann ich nicht; keinen Tag kann ich den Brunnen entbehren. Ich will es daher so, wie Sie mir gesagt haben, daß es die Gesetze vorschreiben. Richten Sie es eben so ein; Sie verstehen das ja besser.

Richter: Dann muß aber, wie gedacht, erwiesen seyn, daß Er sich im Besitze befindet, und darin beunruhigt wird. Weiter brauchen wir für jetzt nichts zu wissen, und was Er sonst nebenher angeführt hat, das kann ein anderes Mal zur Sprache kommen. Gebe Er nun wohl acht, wie ich seine Klage zu Protokoll schreiben lassen will. — — So! Ist's Ihm nun recht?

Bauer: Ja, so ists recht.

So ungefähr verfährt der Richter bei der Aufnahme der Klage. Auf ähnliche Weise wird er auch bei der Klagbeantwortung verfahren. Was die Einlassung selbst anlangt, so ist, da die specielle Litiscontestation ohnehin ein Eingehen auf alle Punkte fordert, die Sache überall minder schwierig. Auch wird der Beklagte schon bei der Einlassung auf die einzelnen Thatumstände und Behauptungen der Klage anhangsweise Umstände anführen, welche hiernächst bei den peremtorischen Einwendungen auf gleiche Art durch schickliche Fragen und Belehrungen zu den zulässigen Exceptionen verarbeitet werden können.

§. 22.

Weitere Betrachtungen.

Es kann nicht fehlen, daß sich nicht bei einer solchen Behandlung in Beziehung auf den Rechtszustand beider Theile Verhältnisse entwickeln, wobei der Richter nur das Gesetz anzuwenden braucht, um rechtlich erkennen zu können, und so wird es in den meisten Fällen schon genug seyn, den Rechtsuchenden aus derjenigen Classe, auf die wir hier hauptsächlich zielen, sich nur recht ausreden zu lassen. Bei seiner Gabe der Weitschweifigkeit kommen ohnehin eine solche Menge thatsächlicher Verhältnisse vor, daß man diese nur gehörig auffassen, auswählen und gleichsam in die syllogistische Form bringen darf. Man muß bei dergleichen Vorträgen ohnedieß eher wegschneiden, als dazusetzen.

Auch solche Behelfe, wovon man annimmt, daß sie schlechterdings der Allegirung des Betheiligten bedürfen z. B. Scti Vellejani, Macedoniani, excussionis, praescriptionis, werden aus dem faktischen Vorbringen sich von selbst ergeben, oder können durch eine unverfängliche Belehrung an die Hand gegeben, oder durch eine vorsichtige Nachfrage an das Licht gebracht werden. Man suppeditirt eigentlich hier nicht einmal einen Einwand; er liegt schon da [64]; man sagt dem Unkundigen bloß, **wie er das Vorgebrachte seiner Hauptabsicht gemäß zu for-**

---

64) Nec enim novam speciem facit, qui frumentum ex spicis excutit, sed eam, quae jam est, detegit. Sic opponenti sufficit proponere factum taliter, quod resultet exceptio, licet specifice non opponatur, sagt Zaunschliffer de off. jud. suppl. P. I. concl. 10. §. 3.

malisiren habe; wiewohl es auch darauf, und ob der Beklagte des Einwandes in der kunstmäßig ausgedrückten Form sich bedient hat oder nicht, gar nicht ankommt, wenn dieser Einwand nur aus dem Vorbringen erhellt, und die Absicht des Beklagten klar ist, die klagweise gemachten Ansprüche abzuwehren. — Von Zwingen, von Aufdringen einer Wohlthat wider Willen, von einer gehinderten Dispositions-Freiheit wird wohl hier keine Frage seyn. Wollen wir lieber weniger grillenhaft fragen, ob es die Partei weiß, was ihr die Gesetze einräumen; und wenn sie es dann nicht weiß, es ihr sagen, um nicht einer unrechtlichen Täuschung Vorschub zu thun, übrigens ohne sie an ihrem freien Entschlusse zu hindern. Dem Wollenden geschieht nicht unrecht, aber Wollen setzt Erkennen voraus. — Aber der Richter soll hier nicht nur überhaupt mehr auf den Verstand als auf den Willen der Partei wirken, sondern auch sich hierbei zur Maxime machen, daß er weniger in sie hineinlegt, als aus ihr entwickelt; weniger sie belehrt, was sie zu thun habe, um ihre Absicht zu erreichen, als die Hindernisse wegschafft, weßhalb sie dieses nicht selbst erkennt.

Wenn sich der instruirende Richter durch passende Fragen das Sachverhältniß klar zu machen, das was eigentlich verlangt wird, und aus welchem Grund es verlangt wird, sich entwickeln zu lassen bemüht ist, („Informations-Einziehung" in der preuß. Prozeßsprache;) so thut er im Grunde nichts anders, als was er in anderer Beziehung durch Beweisauflagen, oder vermöge seiner Direktions-Verbindlichkeit durch Verwerfung einer inepten Klage u. s. w. auch thut. Unmöglich kann man annehmen, daß das unwillkührliche Versehen, der Irrthum einer Partei den Gegen-

theil berechtige, davon einen Vortheil zu ziehen, auf den er außerdem kein Recht hat. Dem Richter zur Pflicht machen, daß er zur Schonung (aus mangelhafter Rechtsvertheidigung des Gegentheils etwa!) wohlerworbener Rechte einer Partei sich hier leidend verhalte, hieße offenbar, ihn zum Beschützer der Ungerechtigkeit machen. Dem Rechtsuchenden den Rechtsschutz bloß um deßwillen versagen, weil er in der Form des Ansuchens und Vorbringens gefehlt, weil er aus verzeihlicher Unkunde einen Rechtsgrund (und dieser läßt sich doch ohne Verbindung mit dem Faktum nicht denken, und dieses Faktum hat doch dieser Rechtsuchende angeführt!) nicht allegirt oder seine Behelfe mangelhaft construirt hat, — dieß wäre so arg, als die crasseste Formularjustiz; und würden wir denn auch, wäre dieß die Ordnung, eine Menge bisher für ordnungsmäßig gehaltener richterlicher Einschreitungen für ordnungswidrig erklären müssen.

Der instruirende Richter braucht also dem Kläger keine Cautelen, dem Beklagten keine Einwendungen an die Hand zu geben, wie der Advokat seinem Klienten. Es kann ihm, — und zwar nicht aus Gründen der Humanität oder einer gleichsam vormundschaftlichen Fürsorge, damit die Partei doch ja die ganze Summe der Zuständigkeiten erhalten möge, worauf sie rechtlich Anspruch hat, sondern lediglich um sein implorirtes Amt zweckmäßig anzuwenden, — nur daran liegen,

die auf die Entscheidung Einfluß habenden thatsächlichen Verhältnisse so weit entwickelt zu wissen, daß hiernach das Petitum modificirt erscheine, damit, da sich hiernach die Entscheidung richtet, diese selbst als gehörig begründet sich darstelle.

Sagen wir also immerhin dem Rechtsunerfahrnen und Unberathenen, was er rechtlich fordern kann, und überlassen dann das Weitere, ohne seinem eignen Urtheile durch ungeziemende Theilnahme vorzugreifen, seiner Entschließung. Thun wir das Nämliche hiernächst auch seinem in gleichem Verhältnisse stehenden Gegner (hier wie dort ohne Befangenheit stets in reinem Rechtsgefühl) und das Gleichgewicht ist nirgends gestört. Es kann weder zum Klagen noch zum Excipiren jemand wider seinen Willen veranlaßt oder gezwungen werden. Aber die Herstellung des bedrohten oder verletzten Rechtsstandes ist die Absicht jedes Streitenden. Darum läßt er es auf den Prozeß und auf die richterliche Entscheidung ankommen, und dieser Absicht gemäß muß vermuthet werden, daß die Partei wolle, was ihr nützlich ist. Hat sie einen Sachwalter, und dieser unterläßt, den Willen seines Klienten nach dessen Zweck auszudrücken, so entsteht die entgegengesetzte Vermuthung: daß sie nämlich das nicht wolle, oder darauf verzichte, was ihr nützlich ist, weil sie weiß, was ihr nützt, und doch davon keinen Gebrauch macht. Mag sie sich übrigens an diesen ihren Sachwalter halten, oder damit, daß sie diesen und keinen andern gewählt hat, also gewissermassen unter eigener Schuld mit leidet, sich trösten. Ist sie vollends selbst sachkundig, so tritt jene Vermuthung noch in einem höhern Grade ein, und für die richterliche Fürsorge ist nirgends ein Spielraum vorhanden.

Freilich ist es schwer, bei manchem Individuum aus der Zahl der Richter vielleicht unmöglich, die Grenzen zwischen der unbefangenen Leitung eines Rechtsunerfahrnen und zwischen gefährdevollem Rathgeben mit einer allgemeinen Formel zu bezeichnen, die nirgends Zweifel übrig ließe. Es ist schwer, viel-

leicht unmöglich, der Ungeschicklichkeit und vollends dem bösen Willen einen Damm vorzusetzen, der nicht zu durchbrechen wäre. Allein man hat es hier weder mit der Ungeschicklichkeit noch mit dem bösen Willen zu thun, wofür überhaupt weder Regel noch Instruktion hilft. Wir versuchen nur jener in ihren Beweggründen so achtungswürdigen Bedenklichkeit entgegen zu kommen, die nur der Ermuthigung durch einige Regeln bedarf, welche, wenn sie auch vom Gesetz nicht deutlich vorgezeichnet sind, doch wenigstens als Resultat vernünftiger Reflexion erscheinen, und dem Denkenden mindestens Stoff zur weitern Ausbildung und zum zweckmäßigen Gebrauch in vorkommenden Fällen darbieten.

§. 23.

Resultate.

Es ergeben sich aus dem Bisherigen folgende Resultate:

1) Die richterliche Einwirkung zur Verbesserung des Vorbringens einer Partei, gemäß der oben aufgestellten vierten Regel (§. 18.), findet nur im mündlichen Verfahren und bei Parteien statt, die selbst der Rechte und Geschäfte unkundig, auch mit keinem rechtlichen Vertreter versehen sind.

2) Die richterliche Thätigkeit ist hier in soweit ergänzend wirksam, als es auf die Ordnung der äußern oder stylistischen Form des Anbringens, und auf Belehrung über die Mittel der Aufrechthaltung des als gestört behaupteten oder vertheidigten Rechtsstandes ankommt, überall mit Vorbehalt der Freiheit der Partei, diese Mittel zu gebrauchen oder nicht.

3) Die

3) Die Aufrechthaltung des rechtlichen Zustandes, der Absicht des Betheiligten gemäß, ist der einzige Richtungsgrund der richterlichen Thätigkeit. So wie jener nicht gefährdet erscheint, wenn die von ihren Zuständigkeiten unterrichtete Partei ihr Recht freiwillig aufgiebt; so hört mit dem Augenblicke, wo die Partei frei wählen kann, der Grund der richterlichen Verwendung auf.

4) Wenn das Recht einer Partei nur auf besondern Begünstigungen bürgerlicher Gesetze beruht, z. B. Rechte aus der Verjährung, aus dem macedonianischen Rathschlusse ꝛc., so tritt der Grund einer nothwendigen Belehrung von Seiten des Richters so wenig ein, als einer eigentlichen Ergänzung.

5) Wenn aber die Partei zum Behuf der Verfolgung oder Vertheidigung ihres Rechts selbst schon thatsächliche Verhältnisse anführt, woraus jene Behelfe als bloße Kunstgebilde von selbst folgen, so bedarf es nicht weiter der Anhandgebung eines Stoffs, der schon da ist, und seine Form erscheint als Produkt der richterlichen Reflexion und wird nur uneigentlich als eine Ergänzung angesehen. Hievon im folgenden Abschnitte mit mehrerem.

IV.

Die Grenzen des ergänzenden Richteramtes.

---

§. 24.

Nur das Produkt der gepflogenen Verhandlung kann Gegenstand der Subsumtion unter das Gesetz seyn.

Es ist nun noch die Frage übrig: wieweit kann der erkennende Richter von Amtswegen verfahren? oder, da es sich hier lediglich von Ergänzung dessen handelt, was die Parteien an Thatsachen und Rechtsgründen vorzubringen unterlassen haben:

> welches sind die Grenzen des suppletorischen Richteramtes bei der Entscheidung im Civilprozesse?

Sowie bei der Instruktion des Prozesses und bei den leitenden Beschlüssen, die deßfalls nothwendig sind, dem Richter, wie im vorigen Abschnitte gezeigt worden, in der Regel nur das Vorbringen der Parteien zum Leitstern seiner Thätigkeit dient: eben so kann dem erkennenden Richter nur das, was Resultat jener Verhandlung ist, Gegenstand der Beurtheilung werden, und den Ausdruck dessen motiviren, was im concreten Falle dem Gesetze gemäß ist; mit andern Worten: der Richter kann nur nach den Akten sprechen. Darauf und auf der Ueberzeugung, daß nichts aktenmäßig werden könne, wovon die Parteien nicht Kenntniß haben, beruht das Palladium der Rechtsfreiheit gegenüber der richterlichen Willkühr; und dieß ist das Prinzip der Publizität der Rechtspflege nach

unserm Prozesse. Was diejenigen wissen oder wissen können, denen es zu wissen gebühret, d. h. was aktenmäßig ist, das ist auch öffentlich. Auch wir haben keinen geheimen Prozeß; nie einen verlangt.

Es liegt in der Natur der Stellung des Richters, wenn die Gesetze verordnen, daß er keine Thatsachen ergänzen könne. Das verletzte Recht, weßhalb Schutz von ihm begehrt wird, beruht auf Thatsachen und Verhältnissen, die er als Richter nur aus den Akten wissen kann. Jene Verhältnisse liegen so lange ausser der Sphäre seiner Erkenntniß, als sie ihm nicht dargethan sind. Sie sind aber nur dann als dargethan anzunehmen, 1) wenn sie gehörig vorgetragen, 2) über deren Richtigkeit kein Zweifel mehr obwaltet, welches der Fall ist, wenn darüber der Gegentheil rechtlich gehöret und bei dessen Widerspruch durch Beweis juristische Gewißheit hergestellt ist. Wie könnte der Richter überhaupt Thatsachen ergänzen, oder was davon nicht in der Verhandlung liegt, hineinlegen? Es müßte aus seiner Privatwissenschaft seyn; allein hier träte er als Zeuge auf: und zwar wie? — unaufgefordert, sich selbst vernehmend, den Grad seiner eigenen Glaubwürdigkeit selbst bestimmend! Freilich mag seine Privatwissenschaft ihn bisweilen in Verlegenheit setzen, nicht sowohl dann, wenn sie mit den ausgemittelten Thatsachen in Widerspruch kommt, als vornehmlich da, wo über die Thatsache, wovon er Kenntniß hat, gar nichts oder nichts zureichend erwiesen vorliegt. Was soll er in dieser Verlegenheit thun, um nicht über dem Richter den gewissenhaften Mann, oder über diesem jenen zu verleugnen? — Er soll sich durch sein Anders-

wissen nicht irre machen lassen, schlechthin den aktenmäßig erwiesenen Verhältnissen zu folgen; oder er soll sich der Ausübung seines Amts als Richter in dieser Sache begeben, und als Zeuge sich vernehmen lassen [65]).

Nach meinem Dafürhalten kommt es hierbei darauf an:

I) wo kann sich der Richter vernünftiger Weise in dem Fall einer bedenklichen Collision zwischen seiner Privatwissenschaft und dem, was aktenmäßig als erwiesen oder nicht erwiesen vorliegt, zu befinden glauben?

II) Wie ist die Sache einzuleiten, um seine Privatwissenschaft als Zeuge ordnungsmäßig geltend zu machen?

Was die erstere Frage anlangt, so ist vor allen zu bemerken, daß hier lediglich von einer solchen Wissenschaft die Rede seyn kann, die der Richter schlechthin als Privatmann erlangt hat. Denn was er als Richter weiß, worüber also auch seinem Zeugniße, wenn es sonst gehörig geeigenschaftet ist, auf seinen Amtseid Glauben geschenkt werden muß [66]), gehört nicht hieher. Er kann hierüber ein Attestat zu den Akten legen, und dieß am besten in der Form einer gerichtlichen Registratur. Auch dasjenige, was demselben aus den Akten, wenn gleich andern als den eigentlichen Prozeßverhandlungen bekannt ist, rechne

---

65) Cujacius in observat. Lib. XII. c. 19.

66) Berger in oec. jur. Lib. I. Tit. I. th. 19. not 6. 7. Vergl. überdieß Hommel in rhaps. Obs. 211. v. judex und 586.

ich nicht hieher. Solche Akten können unbedenklich als s. g. Adhibend-Akten beigelegt werden; nur müssen die Parteien von ihrem Daseyn und dem Zweck ihrer Adhibirung in Kenntniß gesetzt werden, um allenfalls ihre Zuständigkeiten wahren zu können, was denn auch von dem bemerkten richterlichen Atteste gilt. Denn immer steht es als Grundsatz fest:

> der Streit ist nur nach den Akten zu entscheiden, welche das Produkt der Verhandlungen der Parteien sind, und worauf in diesen Bezug genommen wird;

anders würde der Vorwurf des nicht verstatteten rechtlichen Gehörs begründet erscheinen.

Was nun aber die eigentliche Privatwissenschaft des Richters, oder dasjenige, was er extra acta weiß, betrifft, so kann es darauf nur in sofern ankommen, als

α) die Parteien selbst auf sein Zeugniß sich berufen, oder

β) Gründe vorhanden sind, dasselbe von Amtswegen geltend zu machen.

Letzteres kann nur der Fall seyn, wenn das Zeugniß des Richters relevant ist, also nicht vor, sondern erst nach vollführtem Beweise; jedoch auch hier nur wenn

1) nicht vollständig, oder

2) gar nichts erwiesen ist.

Denn liegt über die Thatsache, wovon der Richter für seine Person Wissenschaft hat,

3) bereits ein vollständiger Beweis vor,

es sey das Beweisthema durch denselben bejahend oder verneinend ausgemittelt; so ist das Zeugniß des Richters in alle Wege irrelevant, weil derselbe als Privatzeuge höchstens nur einen halben Beweis wirkt [67]), der dem, was vollständig erwiesen ist, weder etwas zulegen, noch ihm Abbruch thun kann. Und dieß ist denn auch der Fall,

4) wenn sich die Partei am Beweise versäumt hat,

weil sie damit auch das Beweismittel, welches sich ihr in der Person des Richters darbot, verloren. Auch der Richter wird sich hier (3, 4) weiter keinen Skrupel machen, sollte auch das Resultat des geführten Beweises mit seiner Erfahrung nicht übereinstimmen; noch weniger, wenn der Beweisführer wegen Desertion des Beweises die Folgen seiner eignen Vernachlässigung trägt.

Nur in den beiden ersten Fällen (1 und 2) sowie in dem Fall oben auf α tritt also die Frage

ad II. ein: wie ist die Einleitung zur Geltendmachung der Wissenschaft des Richters zu machen?

Hier würde ich nun, da von dem Beweisführer sich nicht aus eigener Bewegung auf mein Zeugniß berufen worden (die Fälle 1 und 2), diesem vor allen von dem Verhältnisse Kenntniß geben, zugleich mit Benachrichtigung an den Gegentheil (im Geiste der rechten Oeffentlichkeit!) und jenen binnen einer angemessenen präclusivischen Frist sich zu erklären auffordern: ob er sich auf mein Zeugniß berufen wolle? Erklärt er sich gar nicht oder verneinend, so hat es

---

67) c. 28. X. de testibus.

dabei das Bewenden, und es ist, als ob ich keine Wissenschaft von der Sache hätte. Auch kann ich alsdann wohl sehr beruhigt seyn, da dem Wollenden nicht unrecht geschieht. Verlangt aber die Partei mein Zeugniß, oder hat sie schon aus eigener Bewegung auf dasselbe sich berufen (der Fall ad α), so bleibt nichts übrig, als dem unmittelbaren Oberrichter hievon Anzeige zu machen, und demselben zu überlassen, die Instruktion und Entscheidung der Sache einem andern Gerichte per modum commissionis zu übertragen. — Soviel von diesem critischen, in der Praxis übrigens seltenen Falle.

Thatsachen, die nicht zur Kenntniß der Interessenten aktenmäßig ausgemittelt (erwiesen oder zugestanden) vorliegen, d. h. nicht öffentlich [68]) sind, kann also der Richter, wie ich vorhin bemerkt habe, nicht zum Gegenstande der Subsumtion unter das Gesetz machen, oder ergänzen. Aber kann er notorische Fakta oder Ereignisse ergänzen? — Man könnte besser fragen: ist bei dem, was notorisch ist, von einer Ergänzung irgend eine Rede? Die Antwort ist: nein!

---

68) „Das hat man eben bisher secundum acta et probata geheißen", mag wohl mancher alte Praktiker von der Haupttendenz der Oeffentlichkeit des Rechtsverfahrens, und bei dem Streben des Zeitgeistes (oder was es ist) nach derselben geurtheilt haben, und er hatte, im Wesentlichen wenigstens, so unrecht nicht. Und so wäre denn der Nothruf nach dieser Justizverbesserung eben doch nicht so gar dringend, daß man um der Abwehrung einer vermeinten Gefahr willen, etwa ohne gehörigen Vorbedacht verfahren, und so leicht Gefährliches unternehmen müßte!

Denn setzt der Richter als allbekannt voraus, was vielleicht ausser ihm nur in einem kleinen Kreise als ausgemacht angenommen wird, so erscheint er wiederum als bloßer Zeuge eines faktischen Verhältnisses, welches abgesehen von seiner Bekundung desselben die Partei als richtig anzunehmen keine Gründe hat. Ist aber die Thatsache im eigentlichen und juristischen Sinne notorisch, so kann man so wenig sagen, daß sie ergänzt werde, als dieß von einer bei der Prozeßverhandlung im gewöhnlichen Wege ausgemittelten Thatsache behauptet wird. Jene wie diese wird in den Kreis der Reflexion des urtheilenden Richters gezogen; jene als gemeinkündig, diese als durch die Instruktion zur Gewißheit gebracht. Ich werde weiter unten auf die s. g. Supplirung notorischer Ereignisse und deren Modalitäten zurückkommen.

Also nur, was als Produkt der gepflogenen Verhandlung vorliegt, ist eigentlich Gegenstand der Subsumtion unter das Gesetz, und führt zum Ausdruck dessen, was in dem gegebenen Falle Rechtens ist, und mit Rücksicht auf das Petitum unter den Parteien künftig als rechtliche Norm dienen soll.

§. 25.

Doch ist der zweckgemäße Gebrauch der Thatsachen, den der Richter macht, unabhängig von dem, den die Parteien machen.

So beschränkt des Richters Thätigkeit rücksichtlich der Suppeditirung von Thatsachen ist, so frei ist seine Bewegung in dem Kreise der Beurtheilung oder Verwendung derselben, und muß es seyn. Denn er ist keine todte Maschine, vielmehr ist ge-

rade durch jene Freiheit der Zweck seiner Thätigkeit bedingt, die Möglichkeit nämlich,

> den vorgebrachten Thatsachen gemäß, wiefern sie ausgemittelt sind, und mit Rücksicht auf das Petitum, zu erkennen, was Rechtens ist.

Er kann daher nicht bloß dasjenige, was in der Anwendung der Gesetze von den Parteien übersehen worden ist, sondern auch Thatsachen ergänzen, diese nämlich in sofern, als er einen andern Gebrauch bei Ertheilung des Rechtsschutzes davon macht, als die Partei bei dessen Implorirung davon gemacht hat; immer jedoch nicht weiter als für diesen Zweck, also nur soweit, als von den Parteien als ihr Recht angesprochen worden ist, weil er sonst mit deren Dispositionsfreiheit in Widerspruch kommen würde. Diese Operation wird freilich sehr uneigentlich mit dem Ausdrucke: suppliren oder ergänzen bezeichnet, indem hier kein neuer Stoff geliefert, sondern dem vorhandenen nur die passende Form gegeben wird.

Aber auch alle Thatsachen, ohne Rücksicht auf Art, Ort und Absicht des Vorbringens, fallen in die Sphäre der möglichen Verwendung derselben für den angesprochenen Zweck von Seiten des Richters. Denn da das Amt des erkennenden Richters darin besteht, daß er den vorliegenden Fall mit dem von dem Gesetz vorausgesetzten vergleicht (urtheilt), und dann nach der gefundenen Identität der Merkmale bestimmt, auf welcher Seite das Recht sey (entscheidet), der concrete Fall aber nur in dem Inbegriff aller seiner faktischen Merkmale und Eigenheiten bezüglich auf das Gesetz sich darstellt, und dem Rich-

ter, weil er Recht sprechen soll, daran gelegen seyn muß, alle diese Merkmale möglichst (nämlich mit Rücksicht auf die Forderungen des vorgeschriebenen Rechtsganges) sich erkennbar zu machen: so folgt eben daraus als Regel:

> daß alle aktenmäßige, d. h. mit prinzipgemäßer Oeffentlichkeit verhandelte Thatsachen, ohne Rücksicht auf Art, Ort und Absicht ihres Vorbringens, in den Kreis der Reflexion des Richters fallen und als Materialien für den Zweck seiner Thätigkeit verwendbar sind.

Da aber diese richterliche Thätigkeit ihre Grenze findet in dem Antrage der Parteien, nämlich sofern sie für denselben wohlthätig wirksam ist; so kommen wir dahin, daß der Richter nicht über das Petitum hinaus erkennen könne. Eine nähere Critik dieses Satzes behalte ich mir auf die folgenden §§. bevor; hier nur noch etwas über das s. g. Suppliren von Rechtsgründen.

Wenn man sagt, der Richter könne Rechtsgründe suppliren, so ist das eigentlich schon nicht logisch richtig ausgedrückt. Die Alten hatten einen Spruch, der das Verhältniß der Parteien und ihrer Rechtsvertreter gegenüber dem Richter gut bezeichnete: narra tu mihi factum, sagt der Richter, ego tibi narrabo jus! Wir Neuern sagen, bloß zierlicher: die juridische Beurtheilung der Thatsachen ist von der Thätigkeit der Parteien unabhängig; — also auch wohl soweit, daß es keiner Belehrung des Richters bedarf, da wo es bloß auf dessen kunstmäßige Thätigkeit ankommt. Urtheilt also auch die Partei, die in demjenigen, was zur richterlichen Beurtheilung gehört, eigentlich dem Richter nur in die Hand arbei-

tet [69]), urtheilt sie auch, sage ich, über die Beschaffenheit ihrer Rechtszuständigkeiten falsch, irrt sie in den Gründen der Verfolgung oder Vertheidigung ihres Rechts: so ändert dieß doch an dem Wesen der Sache nichts. Ueberhaupt kann die richterliche Thätigkeit nur mit dem Willen, nicht mit dem Verstande der Streitenden in eine irgend bedenkliche Collision kommen.

§. 26.

Crinomenon des Satzes: der Richter kann nicht ultra petitum erkennen.

Der Satz: der Richter kann nicht ultra petitum erkennen, fordert hier noch eine nähere Betrachtung. Vor allem bemerke ich (als Gegner des Satzes: in verbis simus faciles!) daß man statt des Worts: petitum, im Deutschen nicht schlechthin das Wort Bitte brauchen sollte, sondern dafür: Gesuch, Antrag. Die Bitte drückt ein Verlangen aus, wobei wir die Hoffnung der Gewährung nicht auf ein Recht, sondern bloß auf unser Bedürfniß und die Liebe des Gebers bauen [70]). Diese Idee ist gegenüber dem Richter auf allen Seiten unschicklich, und da sie leicht zu falschen Ansichten führen kann, verwerflich. Wenn die Partei als Kläger oder Beklagter u. s. w. ein Petitum stellt, so gründet sie es allerdings auf ein Recht; sie hat mit dem bloßen Wohlwollen des Richters nichts zu schaffen; auch will sie es durchaus nicht von seinem guten Willen abhängig machen, ihr Recht zu sprechen oder nicht. Doch dieses mehr im Vorbeigehen.

---

69) v. Gönner's Handb. II. S. 245.

70) Eberhards synon. Handwörterbuch rc. rc. (3te Aufl.) n. 457. S. 303.

Man kann sich das Petitum vorstellen: a) als Ausdruck eines absoluten Wollens; aber auch b) als die Conclusion eines Vernunftschlusses, welche, auf gewisse Prämissen gebaut, nur in der Voraussetzung rechtlicher Folgerichtigkeit ihren Ausdruck erhalten hat, also von der (möglicher Weise irrigen) Vorstellung, daß aus den Vordersätzen nur dieser und kein anderer Schlußsatz folge [71]). In der erstern Beziehung (auf a) würde jeder Zusatz, den der Richter über das, was verlangt worden, machen wollte, der Ordnung der Verhältnisse zwischen Richter und Partei widerstreben; er würde eine Ergänzung des Wollens des Betheiligten, also ein Eingriff in seine Freiheit seyn. Anders verhält sichs (auf b) bei dem Petitum als Conclusion eines Syllogismus betrachtet. Hier hört dasselbe auf, das Produkt bloßer Willensbestimmung zu seyn; es ist Ausdruck des Verlangens,

> daß, da Dieses (das Ausgedrückte) aus den Prämissen (Faktum und Gesetz) folge (oder zu folgen scheine) dieses oder was sonst etwa wirklich daraus rechtlich folge, zuerkannt werden möge.

Dieses: was sonst etwa ꝛc. muß als stillschweigends verstanden angenommen werden, sofern als kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß eine

---

71) Auch nach dem französischen Gerichtsstyle werden die Anträge und Gesuche, womit sich die Vorträge der Sachwalter schließen, *les conclusions* genannt. „Mes conclusions tendent à cequi plaise au tribunal condamner N. N. à payer“ etc. Napoleons I, Civilger. Ordn. des franz. Reichs; übersetzt von D. C. D. Erhard. Dessau u. Leipz. 1808. Einleit. S. XV.

rechtsuchende Partei, um nur nicht geirrt zu haben, für den Inbegriff des ihr von Rechtswegen Gebührenden nur den ausdrücklich bezeichneten Theil sich zueignen, das übrige aber zurücklassen wolle. Und hier haben wir denn unsere Salutar-Clausel in ihrer natürlichen und vernünftigen Bedeutung, wo sie aber auch als stillschweigends beigefügt angesehen werden muß.

Was also die Partei als Gegenstand und Inbegriff ihres Gesuchs bezeichnet hat, ist nicht sowohl Wirkung ihres Willens, als vielmehr Produkt des reflektirenden Verstandes. Nur dort würde genau nach dem bestimmten Ausdruck ihres Verlangens erkannt werden müssen, und der Richter könnte seinen Beschluß nur in der Formel: bewilligt oder abgeschlagen geben; z. B. die gebetene Einsicht der Akten wird bewilligt, die Verabfolgung derselben ad aedes aber abgeschlagen. Allein da, wo nur von dem Ausdruck eines Urtheils die Rede ist (ad b), muß der Richter mehr auf das sehen, was aus den Motiven richtig folgt.

Wird endlich dem Antrage der Partei überhaupt nur soweit statt gegeben, als derselbe dem Verhältnisse der Thatsachen zu dem Gesetze gemäß ist, warum sollte der Richter diesen Grundsatz nur da beobachten dürfen, wo die Partei zuviel, nicht auch da, wo sie, im vermuthlichen Irrthum über den Umfang ihrer Zuständigkeiten, zuwenig begehrt hat?

Es kommt also da, wo das Petitum als Conclusion erscheint, keineswegs auf das ausdrückliche Verlangen der Partei allein an, sondern es wird vermuthet, daß alles, was zur Summe der Rechtszuständigkeiten derselben nach dem entwickelten faktischen

Verhältniß und dessen Zusammenhange mit den Gesetzen gehört, in Antrag gebracht worden, bis das Gegentheil klar erhellt. Pro declaratione, sagt daher Böhmer [72]) regulae: *judicem illa ex officio supplere debere, quae jura partium quidem concernunt, sed jure communi conveniunt*, illud praemittendum est: toties judicem hic officio suo fungi, quoties non constat, litigantem suo juri, quod judex supplere vult, expresse vel tacite renunciasse. — — Quando nulla ejusmodi praesumta renunciatio allegari, nec ex taciturnitate colligi potest, tunc sese exserit officium judicis suppletorium. Es wird also dem Kläger ex negotiorum gestione eine Schadloshaltung billig zuzuerkennen seyn, die ex mandato unpassend von ihm begehrt worden, wenn das obligatorische Faktum, zwar nicht als Mandat, wohl aber als negotiorum gestio begründet erscheinet [73]). Es versteht sich von selbst, daß dieß nicht bis zur Aenderung des ganzen Klagfundaments gehen, daß nicht ein ganz anderes Geschäft als dasjenige, woraus der Anspruch oder des Beklagten Verpflichtung abgeleitet worden, gleichsam untergeschoben werden dürfe; ein Geschäft, das nicht bloß die Entstehungsart der Verpflichtung des Beklagten, sondern diese Verpfichtung selbst, nicht bloß die ent-

---

72) in tract. cit. c. IV. §. 10. 11.

73) Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur, et ideo praeses provinciae id sequatur, quod convenit ei ex fide eorum, quae probabuntur sequi. L. 6. §. 1. D. de officio praes. Ferner soll ja der Richter simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem investigare; cap. 6. X. de judiciis.

ферnere oder mittelbare, sondern auch die nähere oder unmittelbare causa petendi, verändert darstellen würde. Denn hier würde nothwendig auch das verfolgte Recht selbst ein anderes seyn, als was es der Absicht des Klägers gemäß seyn soll. Dem Kläger kann daher nicht als Legat zuerkannt werden, was er von dem Testaments-Erben aus einem Vertrage mit dem Erblasser fordert, gesetzt daß auch die causa debendi in ersterer Beziehung klar aus den Akten erhellete, in letzterer aber auf weiterer Erörterung beruhete; leicht begreiflich, da der Richter nicht wissen kann, ob der Kläger auch in dieser Form den Anspruch zu machen, gleichsam ein quid pro quo anzunehmen Lust hat. Auch würde bei dergleichen Entscheidung dem Kläger offenbar ultra petitum zuerkannt werden, oder dieselbe nur auf ein so generell gefaßtes Klagvortragen und Begehren passen, daß um deßwillen schon die Klage als fehlerhaft und daher zur rechtlichen Erörterung gar nicht geeignet, mithin vom Anfang an verwerflich, erscheinen müßte. Wenn übrigens auch gleich ein Irrthum in der Rechtsverfolgung rücksichtlich der Motive nicht schadet, so schadet er doch in Beziehung auf den Gegenstand selbst. Dem Kläger kann es also nach dem oben angeführten Beispiele vom mandatum nicht schaden, wenn er aus einem unrichtigen Grund eine Forderung macht, wenn nur der Grund, aus welchem sie zuerkannt worden, faktisch und juristisch richtig ist, und das angesprochene Recht wesentlich dasselbe bleibt. Denn daran wird wohl dem Kläger ordentlicher Weise soviel nicht liegen, ob man ihn als Geschäftsführer mit oder ohne Auftrag annimmt, wenn er nur die geforderte Entschädigung erhält. Mit andern Worten: es handelt sich hier weniger um die Eigenschaft, in

der er den Beklagten verpflichtet hat, als um das, wozu er ihn verpflichtet hat. Eben so kann es ihm gleichviel gelten, wenn ihm statt eines angesprochenen, aber nicht gehörig begründeten, testamentarischen, das nach den Umständen statt findende gesetzliche Näherrecht, oder statt der ex conventione ohne Grund geforderten Zinsen, selbige ex mora zuerkannt werden, wenn nämlich deren Grund aktenmäßig feststeht. Wohl aber wird es dem Kläger nicht gleichgültig seyn, ob die Verbindlichkeit des Beklagten aus einem lästigen oder wohlthätigen Titel hergeleitet, also wenn er sie aus jenem in Anspruch genommen hat, aus diesem der Beklagte ihm verpflichtet erkannt wird.

§. 27.

Fortsetzung.

Aus dem Grundsatze, daß der Richter dem Gesuche gemäß erkennt, was dem Verhältnisse der Thatsachen zu dem Gesetz angemessen ist, kann auch eine aus Irrthum geschehene Zuwenigforderung denselben nicht abhalten, das, was das Rechte ist, zuzuerkennen [74]), vorausgesetzt, daß der Fordernde seine

---

74) Si quis minus, quam revera sit, taxaverit suam litem, nec ad hoc respiciat judex, sed in veram quantitatem calculum ferat. L. 1. §. 3. C. de plus petit. (3. 10.) — Si minus in intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat; veluti cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si cum totus fundus ei esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit. In reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio ei condemnat. §. 34. I. de act.

seine Absicht, das ihm von Rechtswegen Gebührende in Anspruch nehmen zu wollen, auf irgend eine Art zu erkennen gegeben hat [75]), welches zu vermuthen, wohl schon die nicht ausdrücklich erfolgte Verzichtserklärung in der Regel zureichen möchte.

Strube [76]) sucht den Grund dieser richterlichen Befugniß in der Salutar-Clausel; und in dem vorhin (S. 93.) derselben beigelegten Sinn ist freilich auch nichts dagegen zu erinnern. Man könne, sagt er, keineswegs vermuthen, daß sich jemand desjenigen habe begeben wollen, was ihm gebührt, sondern daß sein oder seines Advokaten Irrthum das unrichtige Petitum veranlaßt habe. Zwar sey es möglich, daß der Beklagte wider die Meinung des Richters etwas erhebliches einzuwenden vermöge, welches zu thun ihn des Klägers mangelhafte Forderung verhinderte; aber dieses könne noch immer in der zweiten Instanz geschehen, und dadurch alle Ungerechtigkeit vermieden werden, welche nicht abzuwenden wäre, wenn der Richter nach des Klägers irrigem Gesuch erkenne, weil solchen Falls dieser gemeiniglich um das Seinige komme, da ihm der begangene Irrthum unbekannt bleibt. — Gegen diese Vorstellung läßt sich, in ihrer Allgemeinheit wenigstens, manches einwenden, namentlich: daß der Beklagte damit um die Wohlthat der ersten Instanz kommt, und daß die zweite Instanz nun nicht bloß aus dem Grunde der vermeinten mangelhaften Reflexion des vorigen Richters (wie es eigentlich seyn sollte), sondern aus dem Grunde nothwendig wird, daß ein wesent-

---

75) v. Pufendorf T. II. obs. 107.
Müller ad Leyserum T. I. fasc. II. obs. 145.

76) in den rechtl. Bedenken IV. n. 112.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

liches Erforderniß des Rechtsverfahrens überhaupt unbeachtet geblieben, nämlich das genügliche rechtliche Gehör der Streitenden; ferner: daß der Beklagte nunmehr die Folgen der Nachlässigkeit oder Unwissenheit seines Gegners und dessen Anwalts zum wenigsten mit einem Theile der in der Appellations-Instanz compensirt werdenden Kosten verbüßen muß, weil man dem Kläger es nicht als Muthwillen anrechnen kann, wenn er sich zur Erhaltung des in erster Instanz erlangten Obsiegs in der zweiten einläßt. Richtiger ist daher der Satz Pufendorfs (oben S. 3.) id, de quo nulla controversia intelligitur, judex decidere, et reo facultatem excipiendi adimere non debet.

Oft kann auch die Betrachtung, daß dadurch unnöthige Prozesse abgeschnitten werden, also Gründe seiner gesetzlichen Wirksamkeit, den Richter veranlassen, in seiner Entscheidung über den ausdrücklichen Antrag hinauszugehen. Immer aber muß hier nur nach dem, was dem Rechte gemäß ist, erkannt werden, nicht nach der bloßen (leidigen) Billigkeit, die überhaupt nur dem Gesetzgeber zur Norm dienen soll, nicht dem Richter, wo es ihm die Gesetze nicht ausdrücklich verstatten. Er erkennt demnach auf das liquide Petitorium, selbst wenn beide Theile in possessorio verhandelt haben [77]). Eben so kann und muß er bei gehörig erwiesenen Fehlern des Besitzes, selbst im summarisch possessorischen Prozesse gegen den

---

77) Voet. comm. ad pand. L. II. Tit. 13. §. 13. Pufendorf führt T. II. obs. 113. als Grund an: cum judicia possessoria praeparandi inprimis petitorii gratia inventa sint, qua praeparatione in petitorio manifesto non amplius indigemus.

fehlerhaften Besitzer erkennen, um nicht einen doppelten Besitzstreit zu veranlassen und zugleich durch den, einem unredlichen Besitzer verliehenen Schutz der Rechtswidrigkeit selbst Vorschub zu thun, der er steuern soll [78]).

Darauf, daß der Richter nach den Gesetzen sprechen muß, beruht es auch, daß Früchte, Zinsen und Kosten zuerkannt werden, wenn sie auch nicht ausdrücklich verlangt werden, und es ist der Richter zum Ausdruck dieser Nebenverbindlichkeiten nicht bloß berechtigt, sondern sogar verpflichtet, unangesehen des Gebrauchs der Salutar-Clausel. Es hieße dießfalls in der That den ehrwürdigen Beruf des Richters herabsetzen, wenn man die Unterlassung des Gebrauchs jener Clausel znm Gegenstand einiger Bedenklichkeit machte, „und daß es der Kläger alsdann sich „selbst beizumessen habe, wenn der Richter ausser„wesentliche Mängel des Libells nicht verbessern, auf „die nicht gebetenen Nebenverbindlichkeiten nicht er„kenne, und der Kläger sich also genöthigt sehe, zu „Rechtsmitteln gegen das ausgesprochene Urthel seine „Zuflucht zu nehmen" [79]); — gleichsam als wenn es von dem guten Willen, der Laune oder gereitzten Empfindlichkeit des Richters abhinge, recht zusprechen oder nicht [80])!

---

78) Kind quaest. for. T. II. cap. 32.

79) Wie Danz in dem Grundſ. des ord. Prozesses §. 80. S. 196. Not. m. des Dafürhaltens ist.

80) Wahr und treffend sagt Voetius l. c. Si certiores sequamur iuris rationes, verius est, hanc clausulam salutarem tantum ut abundantem cautelam considerandam esse, nec inde majorem judici accedere potesta-

Man kann als Regel annehmen,

> daß in dem Klagbegehren und in dem Vertheidigungs-Antrag der Partei nicht sowohl der Grund als nur die Veranlassung zur Herstellung des angefochtenen Rechtsstandes liege;

und so scheint sich der Zweifel zu heben: ob und wiefern mehr als gebeten worden, zuerkannt werden dürfe. Dieser Regel gemäß locirt der Richter den Conkursgläubiger in eine bessere Classe als dieser angesprochen hat. Denn das Gesuch des liquidirenden Gläubigers hatte keinen andern Zweck als den, befriedigt zu werden, und wenn er in die fünfte Classe locirt zu werden verlangt hat, da er doch die vierte in Anspruch nehmen konnte, so beruht dieß auf einem Irrthum, von dem die Mitgläubiger, als der Gegentheil, keinen Vortheil ziehen können, ohne sich mit dessen Schaden zu bereichern, und den der Richter verbessern muß, da es hier bloß auf rechtliches Urtheil ankommt, dem Liquidanten übrigens nur sein Recht widerfährt. Dagegen würde der Richter sehr fehlen, und schlechthin Thatsachen ergänzen, wenn er von thatsächlichen Verhältnissen Gebrauch machen wollte, die nicht aus den Concursverhandlungen hervorgehen; wenn er z. B. den Liquidanten, welcher die Lokation als Baugläubiger ohne rechtlich zureichenden Grund in Anspruch genommen, als Hypothekengläubiger ohne weiters lociren wollte, weil ihm dieses in Liquidations-Verfahren nicht zur Sprache gekommene Verhältniß

---

tem, supplendi ea, quae desunt, quam quae ex juris dispositione ei data est; cum et hic *non ab actoris arbitrio*, sed a legis potestate tota dependeat judicantis potestas.

etwa aus der Hypotheken-Registratur bekannt wäre; ingleichen wenn ein gewisses dem Liquidanten günstiges Verhältniß zwar aus den Concursverhandlungen zu componiren wäre, dem Liquidanten aber etwas anderes als er verlangt hat, zuerkannt werden müßte, z. B. ein ius separationis, wovon er keinen Gebrauch gemacht hatte. Was der Richter bei der Instruktion des Concursprozesses in dieser Beziehung für den Rechtsunerfahrnen thun kann und soll, davon war im vorigen Abschnitte die Rede, und es findet das dort Gesagte bei dieser eigenthümlichen Prozeßart besonders Anwendung.

§. 28.

Nur aktenmäßige Thatsachen fallen in den Kreis der richterlichen Subsumtion.

Die Thatsachen, welche zum Grunde der Entscheidung angewendet werden, müssen aus den Verhandlungen hervorgehen, worauf erkannt wird. Sind sie zwar aktenmäßig, jedoch in andern als den Akten des Prozesses enthalten, so müssen die Parteien darüber gehört werden, weil doch immer möglicher Weise eine Veränderung damit vorgegangen ist, und weil, so lange der Theil, den ein solches Moment betrifft, nicht mit seiner Erklärung darüber vernommen ist, zum wenigsten (und das ist bei der Rechtspflege immer bedenklich genug!) die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß etwas dagegen erinnert werden möchte. Denken wir uns folgendes Beispiel: Erben werden aus einer Schuld ihres Erblassers belangt, die sie in Abrede stellen. Statt dem Kläger den Beweis seiner Klage aufzulegen, entbindet der Richter die Beklagten sofort von der Klage, weil er nach dem Beschlusse der Sache zufällig in der Registratur

findet, daß der Erblasser in früherer Zeit einmal als Verschwender unter Vormundschaft gesetzt, derselben zwar hiernächst wieder entlassen worden, die eingeklagte Forderung aber aus der Curatelperiode herrühret; ein Verhältniß, das den Beklagten unbekannt war. Hier kann der Richter nicht sofort suppliren; denn es kann ja ein nachfolgendes Anerkenntniß die Schuld zur Gültigkeit gebracht haben, ohne daß der Kläger darum für rathsam fand, das eigentliche Verhältniß zur Zeit zu allegiren, was er aber replicando wohl gethan haben würde, wenn es der Beklagte in Anregung gebracht hätte. Der Richter hat also nichts zu thun, als die Parteien von dieser neuen Erscheinung in Kenntniß zu setzen, und mit Aufhebung des Aktenschlusses die erforderliche Verhandlung darüber zu veranlassen, damit er nicht eine Exception zuläßt, oder selbst hervorzieht, quae, wie das Gesetz [81]) sagt, prima facie justa videtur, tamen inique nocet. Der Richter soll aber auch eine dergleichen neue Erscheinung nicht unbenützt lassen, so lange noch die Sache unentschieden ist, non obstante, wie sich cap. 10. X. de fide instrum. ausdrückt, quod ipsa interrogatio facta fuerit, postquam a partibus extitit in causa conclusum, cum judex, qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari, possit interrogare de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit. Findet also der Richter das faktische Verhältniß mangelhaft vorgetragen und dunkel, so hindert ihn nichts, durch einen Zwischenbescheid eine vollständigere Instruktion anzuordnen [82]).

---

81) pr. J. de replicat.

82) Voet. ad tit. pand. de jud. (V. 1.) §. 49.)

Wenn Gensler [83]) sagt, daß von dem Verhandlungs-Prinzip ausgegangen der Richter nicht befugt sey, als rechtlicher Beistand des Klägers oder des Beklagten sich zu benehmen, Thatsachen, welche weder der eine noch der andere Theil zur Aufnahme in die Akten vorbrachte, hineinzutragen oder zu ergänzen; daß er in sofern sich leidend verhalten müsse, und nur das als Gegenstand seiner Reflexion und Subsumtion unter das Gesetz ansehen dürfe, was die Parteien selbst zu diesem Behuf ihm darbringen: so ist man weit entfernt, das Gegentheil zu behaupten. Es ist dieß vielmehr nicht bloß nach dem Verhandlungs- sondern auch nach dem Untersuchungs-Prinzip also, wie im folgenden Abschnitte mit mehrerem gezeigt werden wird. Nach keiner vernünftigen Prozeßordnung in der Welt dürfte wohl dem Richter verstattet seyn, den Beistand des einen oder des andern Theils zu machen; auch hoffe ich mit dem bisher, besonders im §. 20. Gesagten nichts Widersprechendes gesagt zu haben. — Wenn aber a. a. O. weiter bemerkt wird: nur das, was die Parteien, dem Richter darbringen, solle er verarbeiten, alles andere Thatsächliche aber, wäre es ihm auch noch so bekannt, und hätte es den erheblichsten Einfluß auf den vorliegenden Rechtsstreit, sey für ihn als Richter nicht vorhanden; so glaube ich dagegen erinnern zu müssen, daß dieß mit großer Behutsamkeit angewendet und nicht weiter, als es der Autor selbst nur verstanden haben kann, ausgedehnt werden darf, wenn nicht das Ungeheuere darin liegen soll, daß der Richter der Form das Recht aufopfern soll, zu dessen Schutz er da ist. Ich rede hier nicht im Geiste jenes jugend-

83) im Handb. zu Martin's Lehrb. des Prozesses, I. Th. S. 64.

lichen Richters, der in seiner Humanität vergaß, was man als Richter von ihm forderte, und darum von dem alten Praktiker (vielleicht wieder in zu starrer Consequenz aus dem entgegengesetzten Extrem) tüchtig zurechtgewiesen wurde [84]). Auch ist hier nicht der Fall von mir gemeint, wo der Richter durch seine Privatwissenschaft in Verlegenheit versetzt wird (§. 24. oben). Aber denken wir uns den Fall: der Richter wüßte aus einem vor ihm verhandelten Vermögens-Separationsprozesse zwischen geschiedenen Eheleuten, daß eine gewisse Capitalschuld an N. bestünde; sie wäre in das Inventarium aufgenommen und als ohne Handschein vorgeliehen bezeichnet, hiernächst von dem Manne zur Bezahlung auf sich genommen worden; es wäre auch kein vernünftiger Zweifel in die Richtigkeit dieser Angabe zu setzen; es käme aber hiernächst auf die Klage des N. zum Prozeß und jener Schuldner leugnete die Existenz der Schuld. Soll nun der Richter, da N, von dem Inhalt jener Separations-Akten nichts weiß, sich schlechthin leidend verhalten? von seiner Wissenschaft nichts sagen? es wohl gar auf Eide ankommen lassen? — Jedermann würde den Richter, der dieß zuließe, der, was ihm von den Parteien nicht dargebracht worden, als für ihn nicht vorhanden hier annähme, für einen heillosen Mann erkennen, und gewiß mit Recht. Anders würde das, wer in einem Prozesse Recht behält, mehr oder weniger lediglich von dem günstigen Zusammentreffen gewisser Umstände, also vom Zufall abhängen, und die Redensart: seinen Prozeß gewinnen oder verspielen, eigentlich recht sinn- und bedeutungsvoll werden. Möchten doch ja unsere Richter in ihrer Strenge die von Paulus l. 91. §. 3. D. de V. O.

84) A. Gellius Noct. Attic. L. XIV. c. II.

angeführten Worten nie vergessen: in hoc genere (quaestionum de aequo et bono) plerumque sub auctoritate jurisscientiae perniciose erratur!

Der Richter wird also in dem gegebenen Falle zwar nicht sofort suppliren; aber er wird die in Frage befindlichen Separations-Akten adhibiren, und die Parteien von dem Aufschlusse, den sie geben, in Kenntniß setzen. Denn hier ist einer von den Fällen, wovon Voet am letztangeführten Orte sagt: Si a partibus omissa causam relinquant obscuriorem ac difficiliorem ejus determinationem, judex monere potest litigantes, ut plenius instruant litem. Auch erscheint hier der Richter keineswegs als ein über seine Privatwissenschaft bekundender Zeuge.

Damit steht nicht im Widerspruch, was ich vielmehr als unerläßliche Regel annehme: So oft die Rede davon ist, daß der Richter nach den Akten erkennen soll, sind diejenigen Akten verstanden, welche durch die Prozeßverhandlung erwachsen sind, aber auch diejenigen, worauf sich in derselben bezogen wird, oder welche, wie in dem gegebenen Beispiele, von dem Richter zum Gegenstande der Verhandlung gemacht worden sind. Nur aus diesen Akten, welche auf die angegebenen verschiedenen Arten den Verhandlungsstoff enthalten, muß der Einwand, den der Richter in facto supplirt, hervorgehen. Denn nur so wird die formelle der materiellen Gerechtigkeit näher gebracht, aber auch nur so erlangt man die Ueberzeugung, daß niemand ungehört verurtheilt werde, der größte Vorwurf, der dem Verstande des Richters gemacht werden kann.

Damit entscheidet sich auch die Frage: wiefern der Richter notorische Thatsachen ergänzen könne.

Es sind solche, die dergestalt allgemein bekannt sind, daß kein vernünftiger Grund, dieselben in Zweifel zu ziehen, vorhanden ist [85]). Solche Thatsachen, z. B. daß das Getreide von der Ernte des Jahrs 1816—1817. in Baiern mehr als das Dreifache gegen den Preis in mittlern Jahren kostete, bedürfen als notorisch nicht nur keines Beweises, sondern es läßt sich auch vernünftiger Weise nicht annehmen, daß die Partei, zu deren Nachtheil der Richter, ohne sie erst ausdrücklich darüber zu hören, davon Gebrauch macht, etwas dagegen anzuführen haben sollte. Eigentlich wird sie, wie oben (S. 88.) schon bemerkt worden, auch nicht ergänzt, sondern nur in den Kreis der Reflexion gezogen. Macht aber ein solches notorisches Ereigniß den Grund der Klage oder Exception aus, (z. B. der exc. pluris petitionis gegen einen Verpächter, der dem beklagten Pächter mit der Entrichtung seines Naturalkornpachtschillings bis zur nächsten Ernte nachzusehen versprochen, wenn das Getreide das Doppelte des Werths in mittlern Jahren übersteige, gleichwohl aber diesem Versprechen entgegen klagbar aufgetreten): so versteht es sich von selbst, daß diese notorische Thatsache **wenigstens allegirt** worden seyn muß. Denn wäre dieß Verhältniß nicht angeführt, so würde die Exception nicht schlüßig, also inept und vom Anfang an verwerflich seyn [86]).

---

85) allg. G. O. für die preuß. Staaten, Th. I. Tit. 10. §. 56. conf. Gönner's Handbuch II. n. 37. §. 11.

86) Daher sagt Perez ad tit. Cod. ut quae desunt advocatis etc. immo quamvis notoria sint (facta) non debent a judice suppleri; nam notorium factum, licet relevet ab onere probandi, *non tamen a necessitate allegandi.*

§. 29

Wieweit rücksichtlich der Einreden die suppletorische Befugniß des Richters reiche.

Ob der Richter eigentliche Einreden und Rechtsbehelfe, z. B. SCti Vellejani, Macedoniani, praescriptionis, excussionis u. dgl. suppliren könne, beruht wohl auf einem bloßen Wortstreit. Es läßt sich kaum denken, wie der erkennende Richter in den Fall sollte kommen können, Einreden, wozu ihm kein Anlaß gegeben worden, auf gerathewohl aus der Luft zu greifen. Ist ihm aber dazu Anlaß gegeben worden, so ist nicht vom eigentlichen Suppliren, sondern nur von der Art des gemachten Gebrauchs die Rede. Anlaß kann aber gegeben werden, und dieß ein rechtfertigender, wenn die Thatsachen angeführt und dargethan sind, worauf sich ein solcher Einwand gründet. Dann tritt die richterliche Reflexion ein, und der Richter macht von dem Faktum, sofern es erwiesen vorliegt, dem Petitum des Klägers oder Beklagten gemäß denjenigen rechtlichen Gebrauch, der davon zu machen ist, ohne Rücksicht auf die Tendenz seines Vorbringens, selbst wenn es nur auf einem gelegenheitlichen Anführen ohne allen wenigstens bestimmt ausgedrückten Zweck beruhen sollte [87]). Wenn also z. B. die aus einer Bürgschaft in Anspruch genommene Ehefrau den Einwand der listigen Ueberredung macht, und deßhalb ihre Bürgschaft für nichtig zu erklären bittet, aus

---

87) Quae actis inserta sunt vel ex actis probari statim liquido possunt, illorum judex omnino rationem habere debet, si vel maxime non allegantur. Boehmer l. c. Cap. IV. §. 12. v. Bülows u. Hagemanns prakt. Erört. III. n. 44.

dem Instrument aber sich ergiebt, daß keine ordentliche Belehrung der weiblichen Rechtswohlthaten bei der Bürgschaftsleistung gemacht worden: so kann wohl der Richter, statt auf den Beweis des vorgeschützten Einwandes der listigen Ueberredung zu erkennen, die Beklagte ohne weiters dem Vellejanischen Rathschlusse gemäß absolviren. Die exc. SCti erscheint also nur als faktisch erwiesener und rechtlich zur richterlichen Reflexion gehöriger Unterstützungsgrund des Widerspruchs des Klaggrundes, statt des minder passenden Einwandes des Betrugs. Aus dem nämlichen Grunde kann der Richter die Einrede der Verjährung, die exc. rei judicatae, legis Anastasianae etc. suppliren, wenn sie zur Begründung eines vertheidigten Rechts aus den Akten erhellen. Denn er ergänzt hier kein Faktum, er verarbeitet es nur; er giebt der gegebenen Materie die Form. Eben so wird der Kläger nicht behaupten, daß der Richter seine Befugniß überschreite, wenn der aus einer Bürgschaft angesprochene Beklagte seine Schuldigkeit, jetzt schon Zahlung zu leisten, aus dem Grund einer ihm gegebenen Nachsicht verneint, aus dem Bürgschaftsinstrument aber sich ergiebt, daß sich der Bürge der Wohlthat der Vorausklagung nicht begeben habe, und der Richter hiernach erkennt. Es setzt aber die Ergänzung einer solchen Einrede in alle Wege voraus:

1) daß die Thatsache, worauf sie sich gründet, unbezweifelt in den Akten enthalten sey [88]);
2) daß durch die der Einrede gegebene Wirkung kein anderes Resultat erzielt werde, als der

88) Numquam supplendum factum nisi in judicium deductum, et sit tale, ut ex actis et instrumentis litis non modo conjici, sed etiam probari queat. Perez l. c. A. Faber Cod. Lib. II. Tit. 7. def. 1.

Rechtsvertheidigung nach der Absicht des Beklagten gemäß ist, (petito congruat).

Ich kann diese Materie nicht verlassen, ohne vorher noch einige Autoritäten für meine Ansicht anzuführen.

Voet[89]: exceptionum, quae merae juris sunt, neglectarum perinde judex rationem habere debet, ac si a parte objectae essent; *si modo ita facta in judicio commemorata fuerint, vel instrumenta talia producta, ut ex iis exceptiones sponte resultent.* — Quid enim si ex allegatis constet, filium familias fuisse testatorem, ex cujus testamento actio movetur? Certe, cum juris manifesti sit, invalidum praecipue testamentum esse, si is, qui testamentum fecit, caruerit testamenti factione, iniquus plane judex fuerit, si sciens ista actori adjudicaverit, quae nullo fuerant jure petita. Idemque juris est, si non fuerit a reo convento objecta actori agenti *praescriptio actionis*, qua convenitur, *quoties ex allegatis indubium est, elapsa esse tempora actioni tali movendae praefinita.* Nec aliud statuendum in *exceptione divisionis*, quae et ipsa meri juris est, adeoque satis sub appellatione et persona fidejussoris in judicium deducitur. Neque rationem animadverto, cur aliud dicendum foret de *ordinis seu excussionis exceptione*, quoties ex instrumento fidejussionis, ex quo creditor agit, simplex fidejussio, sine ulla beneficiorum renunciatione interposita deprehenditur, *nec actoris reive conditio aut ipsius debiti natura hoc*

---

89) ad pand. V. I. §. 49.

beneficium de jure excludit. (Ein anderes wäre es, sagt er nun, wenn die Bürgschaft bloß durch Zeugen oder Zugeständniß erwiesen wäre, in welchem Falle der Richter freilich den Einwand nicht suppliren könne, weil die Aussagen der Zeugen oder das Zugeständniß des beklagten Bürgen wohl leicht nicht alle Modifikationen des Bürgschaftsgeschäfts ausdrücken könnten. Was dagegen die Besorgniß anlange, daß dadurch dem Bürgen mehr vom Richter zugelegt werde, als jener selbst vielleicht rechtlich habe geltend machen wollen, so sey sie grundlos; — und er fährt nun fort): Esto enim, quod ea forte fuerit fidejussoris conventi sententia; quia tamen ea hactenus judici ignota est, notum autem, talem fidejussori exceptionem competere de jure, incerta illa fidejussoris mens atque intentio, quae facti est, non impedit, quo minus interim suppleat judex ea, quae juris sunt, donec reus manifestaverit, se isto nolle beneficio uti. Nam et in aliis omnibus, quae tanquam meri juris a judice suppleri posse et debere inter omnes constat, idem evenire potest, ut reus consulto jurium praetermiserit allegationes, aut consuetudinis indubiae mentionem, dum caussam suo donare vult adversario, atque ita pugnare, tanquam qui victoriam referre reformidat: neque tamen ideo vel leges vel interpretes judici denegarunt in hisce potestatem supplendi ea, quae advocatis partium videbantur deesse.

Zaunschliffer [90]): Potest judex etiam res facti v. c. exceptiones non propositas sup-

---

90) in tract. cit. P. I. concl. 10.

plere, *modo* eae ex actione proposita, productis instrumentis, confessione partis aut alias *ex actis quasi per rimam appareant, et sic judici ut judici de illis constet earumque veritate* — — Opponenti sufficit narrare factum, ex quo apparet, exceptionem competere. Et licet reus, qui factum narravit, expresserit unam exceptionem sibi competentem, si tamen ex facto narrato alia competit, et exprimit, quod opponit aliam sibi competentem ex narratis, et in veritate competit, dicendum est, quod iam illa omissa opposita sit.

de Cramer[91]): Nihil est, quod officio judicis suppletorio obstaret, vi cuius exceptiones publicam utilitatem respicientes, ex actis elucentes et actionem ipso jure elidentes e. c. exc. L. Anastasianae, SCti Macedoniani, Vellejani etc. a parte non oppositas supplere potest. Quo etiam collineat *Ziegler* verbis: pari modo, si exceptiones, de quibus ex actis manifeste constat, attenderit judex, et propter eas reum absolverit, ut maxime ab eo allegatae non fuerint, *nihil ille supplet in facto, cum istae exceptiones facto jam insint*, et ex actis probari luculenter queant. *Nec non omnino suppletur, quod ex ipsis actis et instrumentis litis colligitur.*

v. Kreitmayr[92]): Die Exceptionen, welche ex actis erscheinen, sind in der That angebracht, wenn man sie gleich nicht mit Namen ge-

---

91) in observ. iur. un. T. I. obs. 29.

92) in den Anmerk. ad cod. jur. bav. jud. c. VI. §. 9.

nannt hat, und sie müssen also attendirt werden, doch niemals weiter als das Petitum des Beklagten mit sich bringt. Denn so wenig der Richter an dem petito der Klage von Amtswegen etwas ändern oder ersetzen mag, so wenig gebührt ihm dieß auch bei dem petito des Beklagten. Wenn also der Richter gleich ex actis siehet, daß dem beklagten Bürgen nicht nur die exc. ordinis sondern auch divisionis von Rechtswegen zukömmt, so kann er doch auf jene ex officio nicht mehr sprechen, wenn der Beklagte selbst in dem petito nicht darauf anträgt, sondern nur auf das beneficium divisionis allein provociret. Ein anderes wäre es, wenn der beklagte Bürge das Faktum nur simpliciter vortrüge und deßhalb von der Klage absolvirt zu werden begehrte; denn da kann der Richter sowohl auf obige als andere Exceptionen, soweit sie ex actis erscheinen, zu des Beklagten Gunsten keck sprechen, weil das Petitum dadurch nicht überschritten wird.

§. 30.

Rückblicke auf das §. 24—29. Erörterte.

Das suppletorische Amt des Richters findet seine richtige und entscheidende Grenze in dem Zwecke des richterlichen Amtes selbst. Es ist also nur soweit gültig wirksam, als es sich in dem Momente der Entscheidung nicht aus dem Gebiete der Reflexion über gegebene (als Produkt der Verhandlung erscheinende) thatsächliche Verhältnisse, und was hieraus den Gesetzen gemäß rechtlich folgt, entfernet. Der Richter ist daher zwar gebunden, nur von dem durch die Verhandlung gegebenen Stoffe Gebrauch zu machen, aber er ist frei in seinem Urtheile über die Art des Gebrauchs; das Urtheil der Partei kann ihm deßfalls nicht die Hände binden. Er ist ferner zwar

gebun-

gebunden an den erklärten Entschluß der Rechtsuchenden rücksichtlich der Geltendmachung ihres Rechts, nicht aber an deren bloßes Urtheil über den Umfang dieses Rechts. Daher ist er zwar gebunden an das Petitum, soweit es bestimmende Willensäusserung ist, (non ultra petita jus dicit,) nicht aber soweit es als Conclusion der vorgetragenen Rechtszuständigkeiten erscheint; denn er erkennt, was Rechtens ist von Rechtswegen.

Ergänzen im eigentlichen Sinne kann also der Richter niemals, was den Stoff zur Beurtheilung betrifft. Er kann keine thatsächliche Materialien liefern, also auch nicht ergänzen, oder ersetzen, was bei der Verhandlung deßfalls unvollständig geblieben ist. Die Akten, welche nach dem Beschluß der Sache zum Spruche vorliegen, sind ein geschlossenes Ganzes; man kann nichts dazu, nichts davon thun. Was nicht in den Akten ist, ist für den erkennenden Richter nicht in der Welt. Aber der gegebene Stoff läßt eine allseitig freie Behandlung im Raume der Reflexion zu. Demnach ist das Richteramt seinem Begriffe nach, indem es ein urtheilendes ist, nothwendig auch zugleich ein ergänzendes, nämlich in seiner Art, indem es ersetzt, nicht was an dem Stoffe fehlt, welcher Gegenstand der Beurtheilung ist, sondern an dem von den Parteien aus Ursache eines mangelhaften Urtheils davon gemachten mangelhaften Gebrauche. Daher kann man hier als

Regel

annehmen:

Was aus den in dem Prozesse ausgemittelten Thatsachen als rechtliche Folge hervorgeht, und als solche von der in ihrem Rechtsstande sich verletzt erachten-

den Partei begehrt wird, muß von dem zur Aufrechthaltung dieses Rechtsstandes aufgeforderten Richteramt als jenem gemäß ausgesprochen, also zuerkannt werden, wenn auch das Begehren anders motivirt oder selbst auch anders modifizirt seyn sollte, als den entwickelten Rechtsverhältnissen angemessen ist, sofern nur dem Rechtsuchenden damit nicht mehr zuerkannt wird, als aus seiner freiheitsgemäß erklärten Absicht folgt;

oder:

der Richter kann in Privatsachen den verletzten Rechtsstand nicht anders herstellen, als indem er dessen Beschaffenheit den entwickelten Verhältnissen gemäß, übrigens mit Rücksicht auf das Begehren der darin Verletzten, durch Erkenntniß bestimmt.

§. 31.

Ueber das sogenannte richterliche Durchgreifen.

Durch nichts würde der Richter die Grenzen seiner Gewalt mehr überschreiten, als wenn er nach andern als ausgemittelten, also zugestandenen oder erwiesenen Thatsachen entscheiden, wenn er das für recht erkennen wollte, was gegen den deßhalb erhobenen Widerspruch nicht durch Beweis zur rechtlichen Gewißheit gebracht ist. Und doch giebt es Fälle, wo dem Richter verstattet ist, und gebieterischer Umstände wegen ausserordentlicher Weise verstattet seyn muß, einen Rechtsstreit anders als nach

dem eben bemerkten Grundsatz zur Erledigung zu bringen, wenn ein gütliches Uebereinkommen nicht statt findet. Man nennt die Thätigkeitsäusserung, die er vermöge dieser, wenigstens in ihrer bedenklichern Form glücklicher Weise nur selten nothwendigen, Befugniß geltend macht — Durchgreifen, und versteht damit diejenige Handlung des erkennenden Richters, da er in gewissen ausserordentlichen Fällen einen Rechtsstreit zwar nicht gegen das, was erwiesen ist, aber unangesehen, daß etwas nicht erwiesen ist, was sonst erwiesen seyn sollte, nach billigem Ermessen entscheidet.

Gleichwie in dem Prozeßverfahren, wie oben (§. 19.) bemerkt worden, Gründe eintreten können, die eine Abweichung von der Regel des Rechtsganges, und somit den summarischen Prozeß begründen; so ist dieses auch, wenn schon der Natur der Sache nach ungleich seltener da der Fall, wo es auf die Entscheidung ankommt, nämlich wenn die Umstände des Falles von der ausserordentlichen Beschaffenheit sind, daß entweder Rücksichten des öffentlichen Wohls verbieten, ein förmliches Prozeßverfahren einzuleiten, und den Streit erst nach vorgängiger, obgleich summarischer Erörterung der faktischen Verhältnisse durch Erkenntniß zu erledigen; oder die Verhältnisse des Rechtsstreits an sich betrachtet so geeigenschaftet sind, daß eine rechtliche Entscheidung unter ihren sonstigen Erfordernissen schlechthin nicht möglich fällt, z. B. bei ganz verdunkelten Grenzen; oder endlich, wo die rechtliche Gewißheit über das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß nur mit einem Aufwande von Mitteln zu erlangen wäre, gegen welchen der Zweck der Rechtsverfolgung in keine Betrachtung käme, also bei geringfügigen Gegenstan-

den. In Fällen dieser Art ist nun freilich vor allen Pflicht des Richters, eine gütliche Vereinigung der streitenden Theile möglichst zu bewirken. Allein für den nicht nur möglichen, sondern oft sogar wahrscheinlichen Fall, daß die Parteien sich nicht vergleichen wollen, (denn die subjektive Verwirrung nimmt oft in dem nämlichen Grade zu, in welchem die objektive gewachsen ist,) für diesen Fall muß das Gesetz Sorge tragen,

daß wenigstens durch irgend ein Mittel der Streit zum Aufhören gebracht werde.

§. 32.

Vorstellung der Rechslehrer.

Da die Gesetze hierüber keine ganz deutliche Bestimmung enthalten, so sind auch die Meinungen der Rechtslehrer [93]) über den eigentlichen Charakter die-

---

93) Ausführlich haben diese Materie abgehandelt:
Eberwein diss. de transactione cogenda. Cob. 1708.
Heimburg diss. de transact. judiciali invita. Jen. 1746.
Schmid diss. officium et prudentiam judicis circa amicabilem litium compositionem exponens. Jen. 1747.
Kapff de transact. imperata. Tub. 1761.
Bartels diss. an transactio partibus invitis imperari possit. Goett. 1790.
(Diese letztere Dissertation habe ich nicht zur Hand gehabt.)
Dann sind noch nachzulesen:
Mev. P. I. Dec. 224. 225. III. dec. 217. VIII. dec. 296.
Schilter praxis I. R. exerc. IX. § 25.
Strube R. B. I. n. 66. Willenberg in exerc. Sabbath. n. LXI.
v. Quistorp in den rechtl. Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit, II. n. 35.

ses Auskunftsmittels getheilt. Es war natürlich, daß man zunächst auf die Idee kommen mußte, man könne hier die Partei das zu thun zwingen, was sie, wenn sie der Vernunft Gehör gäbe, freiwillig thun würde, nämlich sich zu vergleichen, und man fragte sich nur: in welchen Fällen kann der Richter die Parteien zum Vergleiche zwingen? Besser hätte man gefragt: ist ein erzwungener Vergleich mit dem Begriffe desselben vereinbarlich [94])? — ist ein Vergleich, oder die freiwillige Uebereinkunft der Parteien, durch gegenseitigen Nachlaß an ihren vermeinten Zuständigkeiten den Streit zu beseitigen, das einzige Auskunftsmittel? — oder auch, ist das, was der Richter hier bewirkt, ein Vergleich, oder das Resultat einer besondern Thätigkeit? — Man sah ein, daß es nur zwei Wege gäbe, einen Prozeß zu schlichten: Vergleich oder Erkenntniß. Nun urtheilte man so: ein Erkenntniß, wodurch nicht ausgemittelte Thatsachen als Gegenstand der Subsumtion unter das Gesetz angenommen werden, ist juristisch ein Unding, also ist das Auskunftsmittel, von dem hier die Rede ist, ein erzwungener Vergleich. Freilich mußte man fühlen, daß man hier ein Unding statt eines andern setzte.

Mevius (a. a. O.) ist der Meinung, daß in Injurien-Sachen zur Abwendung öffentlichen Aerger-

---

94) Wenn man freilich in der Verirrung soweit gehen konnte, anzunehmen, daß ein erzwungener Vergleich am Ende doch ein freiwilliger werde, (ex arg. L. 21. §. 5. D. quod metus causa: „quamvis si liberum fuisset, noluissem, tamen coactus volui"). Eberwein in diss. cit. c. 2. §. VI. — so war natürlich jeder Bedenklichkeit gleich der Kopf abgebissen.

nisses die Parteien zum Vergleich genöthigt, oder wenigstens indirekter Weise durch Verzögerung des Verfahrens mürbe und zur Versöhnung geneigt gemacht werden könnten. Bei Streitigkeiten zwischen Aeltern und Kindern, ferner zwischen Geistlichen der nämlichen Kirche finde ebenfalls ein Zwang zum Vergleiche statt.

v. Quistorp l. c. sagt: wenn etwa einer von den streitenden Theilen in dem zum Versuche der Güte anberaumten Termin sich zur Befriedigung des andern Theils dergestalt billig erklären sollte, daß ein Mehreres von ihm nach Recht und Billigkeit nicht zu verlangen stünde (?), also die Weigerung des andern Theils, die Vorschläge anzunehmen, nur in Chicanen ihren Grund hätte (woran ist dieß, wird man natürlich fragen, sicher zu erkennen?): so könne der widersprechende Theil auch wider Willen angewiesen werden, sich die billig befundenen Vorschläge des Gegentheils oder des Gerichts gefallen zu lassen.

Auch Strube nennt das richterliche Durchgreifen, da wo es statt fände, wenn es der verwirrten Umstände und mangelhaften Nachrichten halben unmöglich sey, die Sache genau zu entscheiden, ein Nöthigen der Parteien zum Vergleich.

Danz [95]) lehrt: nur in einigen wenigen Fällen, wenn nämlich Abwendung eines öffentlichen Aergernisses oder das gemeine Beste es heische, oder der Gegenstand des Streits gar zu geringfügig sey, lasse sich unter der Voraussetzung, daß die größte Behutsamkeit angewendet worden, ein erzwungener Vergleich rechtfertigen.

---

95) Grundſ. des ord. Proz. §. 150.

Als Zwangsmittel wurden vorgeschlagen: 1) Verzögerung des Prozesses; 2) Verweigerung des Gehörs; wenn das nichts fruchte 3) Einsperrung; 4) Begrenzung an einen bestimmten Aufenthaltsort, oder auch 5) Erklärung der Parteien als verglichen durch ein Decret, unter Androhung einer namhaften Strafe im Falle des erneuerten Streits[96]. Kurz, man war über die Mittel eben nicht in Verlegenheit, und es hätte in majorem dei gloriam hier nur noch der Erwähnung der Vergleichspeitsche bedurft.

Es war, wie gedacht, leicht in den Vorstellungen hier auf Abwege zu gerathen. Das richterliche Durchgreifen ist allerdings ein Mittelding zwischen einem Rechtsspruch und einem Vergleich. Von jenem unterscheidet es sich nur dadurch, daß der Richter auf einen Sachbestand[97], der ihm nicht mit der sonst

---

96) Eberwein in cit. diss. c. IV. §. 1.

97) Von dem Falle, wo die Gesetze dunkel erscheinen, ist hier nicht die Rede. Hier kann und soll der Richter eigentlich nie in Verlegenheit seyn. Glaubt er kein zur Entscheidung des streitigen Falles passendes Gesetz finden zu können, so muß er nach der Analogie, nach den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen der positiven Gesetzgebung und eventualiter des Naturrechts seinem besten Wissen und Gewissen nach erkennen. conf. L. 10. sqq. D. de legibus. Unmöglich liegt in der Gewalt menschlicher Gesetzgeber ein Gesetz-Codex, der für jeden concreten Fall die Entscheidung schon ausdrückte; und könnte uns die göttliche Allmacht dergleichen geben, wir würden ihn, aus leicht begreiflichen Gründen von der Schwierigkeit seines Studiums, nicht brauchen können. Aber unsere Gesetzgebung soweit zu vervollkommnen, daß die gesetzlichen Verordnungen überall

erforderlichen Vollständigkeit dargethan ist, ein Erkenntniß baut; von dem Vergleiche dadurch, daß es an der freien Uebereinkunft der Interessenten fehlt. Indessen ist dieses Mittel der Prozeßerledigung wirklich ein Erkenntniß und kein Vergleich; es ist eine Entscheidung nach billigem Ermessen, (decisio litis arbitraria). Dahin lauten auch die auf einen erzwungenen Vergleich gedeuteten Gesetzstellen, L. 13. §. 3. D. de usufr. und L. 21 de rebus creditis [98]); wie denn überhaupt ein verständiger Richter auch ohne das Mittel eines erzwungenen Vergleichs nicht in Verlegenheit seyn kann, einen noch so verwickelten oder sonst bedenklichen Streit beizulegen und seinen schädlichen Wirkungen vorzubeugen [99]).

---

einen sichern Anhalt und Maßstab an die Hand gäben, dieß wäre wohl ein zu befriedigender Wunsch, wenn er gleich noch unter die frommen Wünsche gehört. So wie jetzt die Sachen stehen, kommen die Richter nicht selten in die Lage, dem Gesetzgeber in das Handwerk zu greifen, was nicht gut ist. Mit Recht sagt von Justi (irgendwo) „die größte Weisheit eines Gesetzgebers beruhet darauf, daß er die Verwaltung der Gerechtigkeit dergestalt einrichtet, damit nicht der Richter, sondern das Gesetz die Schuldigen verurtheile. Das Gesetz ist allemal gerecht, unveränderlich und unparteiisch; die Richter sind es vielleicht sehr selten. Nichts ist der Vernunft mehr gemäß, als daß die Richter keine Gesetzgeber, sondern nur Anwender der Gesetze seyn sollen. Allein wo den Richtern viel überlassen bleibt, sind sie in Ansehung jeder einzelnen Sache eben so viel als Gesetzgeber.“

98) Glück im Pand. Comm. V. §. 347. Heimburg cit. diss. §. 50 sqq.

99) Heimburg ib. §. 67.

Allerdings enthält dieses Mittel, Streitigkeiten abzuthun, wenn man es auch nicht als direkten Zwang der Parteien zur Eingehung eines Vergleichs, sondern als eine rein richterliche Handlung betrachtet, immer eine ausserordentliche und bedenkliche Einschreitung, und darum glaubt man auch[100]), daß hier lediglich der Oberrichter, gleichsam näher verwandt mit der Gewalt, die das jus eminens exercirt, diese ausserordentliche Maßregel vorzukehren Fug und Macht habe. Es muß aber diese Befugniß, wenn sie nur gehörig modifizirt wird, wohl unbedenklich jedem Richter eingeräumt werden, mithin auch dem Unterrichter, weil es widersprechend wäre, einen Richter ohne richterliche Gewalt sich zu denken. Nur von dieser richterlichen Gewalt kann aber hier überall die Rede seyn, nicht von Befugnissen der Staatsgewalt, die über Rechte der Einzelnen gegen Einzelne rechtlich nichts vermag, also auch nicht von Machtsprüchen.

§. 33.

Ansicht des Verfassers.

Ich glaube, unter folgende Gesichtspunkte gestellt, möchte die Sache in ihrem richtigen Lichte erscheinen.

Die Schwierigkeit, auf dem geordneten Wege Schutz für sein angefochtenes Recht zu erlangen, ist an sich noch kein Grund zur Verpflichtung, dasselbe auch nur zum Theil aufzugeben. Es kann daher auch eine ungewöhnliche Verwickelung eines Rechtsfalles den Richter nicht entschuldigen, wenn er in seinem

---

100) Mev. P. I. obs. 15. not. 224. Schilter exerc. IX. §. 25.

Bestreben, die Sache sich klar zu machen oder klar machen zu lassen, vor der Zeit, es sey aus Bequemlichkeit oder Verzweifelung, erkaltet. Er soll den verwickelten Knoten aufzulösen sich bemühen, nicht ihn zerhauen.

Ferner muß man die Fälle, wo eine ausserordentliche Thätigkeitsäusserung des erkennenden Richters erforderlich ist, nach zwei verschiedenen Beziehungen sich denken:

A) in Beziehung auf die Subjekte und den Gegenstand des Rechtsstreits. Hieher gehören (da, wo es die Gesetze also festsetzen,) die Streitigkeiten zwischen Aeltern und Kindern, vornämlich häusliche Zwistigkeiten [101]), zwischen Geistlichen von einer und derselben Kirche [102]), ferner in Injurien und geringfügigen Sachen. Aus dem nämlichen Grunde, aus welchem hier ein summarisches Verfahren (§. 19.) eintritt, tritt auch eine summarische Entscheidung ein. Dieß ist aber eigentlich nicht der kritische Fall, der sich vielmehr nur äussert bei der ausserordentlichen richterlichen Thätigkeit

B) in Beziehung auf ungewöhnliche Resultate der Rechtsverfolgung und aus Anlaß derselben. Hier können ausserordentliche Maßregeln nothwendig werden, I) wegen der Form des Verfahrens und II) wegen der materiellen Ergebnisse desselben.

Auf I) Der erkennende Richter kann das Verfahren so unvollständig, so unheilbar nichtig instruirt,

101) L. 4. C. de patria pot.

102) Mev. P. III. dec. 217., wofern sich diese Streitigkeiten überhaupt zur gerichtlichen, und nicht vielmehr zur disciplinarischen Cognition eignen.

die Verhandlung so verworren und fehlerhaft finden, daß er schlechterdings kein rechtsbeständiges Erkenntniß darauf bauen kann. Die Sache ist vielleicht schon mit der Klage oder Einlassung, also in ihrem ersten Zuschnitte dermassen verdorben, daß keine Verbesserung durch Anordnung von Ersetzungen den Schaden wieder gut machen kann. Hier handelt der Richter nicht nur dem Recht, sondern auch der Klugheit und dem Interesse beider streitenden Theile gemäß, wenn er durchgreift, das ganze Verfahren cassirt, und ein neues anordnet. Der Prozeß muß also hier entweder ganz von vorn wieder anfangen, oder wenigstens da, wo er aus dem Geleise gekommen. Ist diese nichtige Instruktion nicht durch die Schuld der Parteien oder ihrer Sachwalter veranlaßt worden, sondern (und dieß dürfte wenigstens mit Rücksicht auf Omissivhandlungen, weil das Gericht nicht rechtzeitig die Zügel ergriffen hat, gewöhnlich der Fall seyn,) durch die Schuld des Gerichts: so werden sämmtliche Gerichtskosten niedergeschlagen. Der Richter darf also, wenn er die Sporteln bezieht, für das bisherige Verfahren nichts aufrechnen, und wenn sie der Gerichtsherrschaft verrechnet werden, so verliert sie diese, und kann sich deßhalb, wenn sie will, an ihren Beamten halten. Was die aussergerichtlichen Kosten, die Reisekosten und sonstigen Aufwendungen der Parteien und die Deserviten der Advocaten anlangt, so werden, wenn diesen anders nichts zur Last liegt, selbige billig dem Gericht zum Ersatz heimgewiesen.

Es können aber auch ausserordentliche Maßregeln nothwendig werden:

auf II) wegen materieller Mängel der Ergebnisse des Verfahrens; und hier zeigt sich das eigentlich

am meisten kritische Verhältniß. Es ist dabei vor allen zu bemerken:

a) daß nicht von Mängeln des Verfahrens selbst, sondern nur von einer Unvollkommenheit des Produkts desselben die Rede ist. Denn wäre ersteres, so würde die Sache überhaupt nicht spruchreif seyn. Vielmehr wird gerade vorausgesetzt, daß hier alles in Ordnung, daß alle Mittel, die streitigen faktischen Verhältnisse ins Klare zu bringen, erschöpft sind. Daher

b) wird hierbei auch vorausgesetzt, daß das Beweisverfahren, es sey auf den Grund eines Erkenntnisses auf Beweis, oder wenn derselbe anticipirt worden, auf bessern Beweis, schon geschlossen ist. Deßwegen kann der kritische Fall, wovon die Rede ist, in der Regel (denn in Bagatellsachen kann schon bei dem Beweisinterlocut diese Rücksicht statt finden, wovon unten ad C. 1.) nur eintreten, wenn die Sache schlechthin auf der Definitiventscheidung beruht.

§. 34.

Fortsetzung.

Nach den Resultaten des Verfahrens, worüber die Akten zum Endbescheid vorliegen, können die streitigen Thatsachen überhaupt

A) bis zur völligen juristischen Ueberzeugung dem Richter dargethan erscheinen. Von diesem Fall kann hier weiter keine Rede seyn; oder

B) es kann gar nichts erwiesen seyn, oder endlich

C) die Thatsachen können nur bis zu einem stärkern oder schwächern Grade der Wahrscheinlichkeit —

halb, mehr als halb, weniger als halb — erwiesen seyn, es sey wegen mangelhafter oder sich widersprechender, also mehr oder weniger sich gegenseitig aufhebender Beweismittel. Nur von den letztern beiden Fällen (B. C.) ist hier die Rede.

Auf B) Wenn nichts erwiesen, die Sache also schlechterdings in der Lage geblieben ist, in der sie sich beim Anfange des Rechtsstreites befunden hat, so gilt als Regel: der Grund der Klage oder des Einwandes wird, sofern er bloß auf einer widersprochenen und solchergestalt unerwiesen gebliebenen Thatsache beruht, verworfen. Es wird also gegen die Intention dessen erkannt, der den ihm obgelegenen Beweis nicht geführt hat, es sey nun in der Form einer Abweisung des Klägers oder einer Verurtheilung des Beklagten.

Es kann aber der Fall eintreten,

> daß die Sache nicht in der Lage bleiben kann, in welcher sie sich zu Anfang des Prozesses befunden, und also eine Veränderung nothwendig wird.

Der richterliche Ausspruch, daß keine Veränderung vorzunehmen, würde hier den Streit eigentlich unentschieden lassen, dessen Entscheidung gleichwohl dem rechtlichen Interesse beider Theile gemäß ist. Dieser Fall, wo eine ausserordentliche Maßregel bei der Entscheidung nothwendig wird, kann (vielleicht allein nur) eintreten bei den sogenannten judiciis divisoriis, bei Auseinandersetzung von Gemeinschaften, Erbtheilungen, vornämlich aber bei verdunkelten Grenzen benachbarter Grundstücke, wo auch dem Richter, wenn seine Bemühung die Sache gütlich beizulegen,

durchaus fehlschlagen sollte, ausdrücklich gesetzlich verstattet ist, durchzugreifen, und wie das Gesetz sagt, per adjudicationem et condemnationem eine Grenze zu setzen [103]). Ich muß bekennen, daß ich das angeführte Gesetz nicht recht verstehe. Eben weil die Grenzen dunkel sind, man also nicht wissen kann, was des Einen oder des Andern ist, läßt sich nicht wohl ein Zuerkennen gegen Entschädigung denken. Anders ist der Fall von dem §. 6. I. de officio jud. [104]) handelt, wo der bessern Grenzregulirung wegen jemandem von seinem Grundstücke, das sein unbestrittenes Eigenthum ist, gegen Entschädigung etwas genommen wird. Dieß ist nicht so bei verdunkelten Grenzen. Denn wenn der Streit das Stück X zwischen den beiden Aeckern des A und des B beträfe, und der Richter wollte dem Acker des A ein Stück von dem Acker des B gegen eine von jenem zu leistende Entschädigung zuerkennen; so würde ja damit der Streit über X nicht gehoben seyn. Wollte dagegen X dem A oder dem B gegen Enschädigung adjudizirt werden, so würde damit ausgesprochen werden, daß es demjenigen eigentlich nicht zugehöre, der es gegen Entschädigungsleistung annehmen solle, sondern dem Andern. Man müßte sich denn, und so ist

---

103) L. 2. §. 1. L. 3. D. fin. regund. Glück's Pand. Comm. X. §. 722.

104) Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio: quia sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari: quo conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari.

es vielleicht auch gemeint, das streitige Stück X als eine gemeinschaftliche Sache beider Litiganten vorstellen, wovon dem Einen das Ganze in Natur, und dem Andern die Hälfte dem Werthe nach zuerkannt würde. Praktischer erscheint mir die Bestimmung des preuß. allgemeinen Landrechts[105]): „Wenn die vormaligen richtigen Grenzen gar nicht auszumitteln sind; so muß das streitige Stück unter die Grenznachbarn getheilt werden. — Bei dieser Theilung ist hauptsächlich auf das Verhältniß des bisherigen Besitzstandes der Parteien Rücksicht zu nehmen. — Ist auch kein dergleichen ruhiger Besitzstand vorhanden; so muß durch eine gerade Linie, von dem letzten bis zum nächstfolgenden unstreitigen Grenzzeichen, die Grenze berichtiget werden. — Ist jedoch ausgemittelt, daß bei dem letzten unstreitigen Grenzzeichen die Grenze von der geraden Linie abgegangen sey, und nur der eigentliche Punkt, bis wohin diese Abweichung sich erstreckt hat, kann nicht mit rechtlicher Gewißheit bestimmt werden: so wird das streitige Stück zwischen den beiden Grenznachbarn gleich getheilt."

§. 35.

Fortsetzung; freiere Bewegung des richterlichen Ermessens 1) in geringfügigen Sachen.

Auf C) Wenn hier gleich in der Regel im Fall des anticipirten Beweises auf bessern Beweis, oder nach vollführtem auferlegten Beweis noch auf einen nothwendigen Eid erkannt wird, so findet doch eine Ausnahme statt in Fällen, wo nach der Natur des Rechtsstreits, und des hiernach modifizirten Verfahrens, an die Stelle der feierlichen Beweisführung

105) Th. I. Tit. 17. §. 379—382.

eine bloße Bescheinigung (demonstratio) tritt, wobei denn vornämlich das richterliche Ermessen in einem freiern Raume sich bewegt, Mittel und Zweck vernünftig ermißt, und mit Klugheit erwägt, daß die Möglichkeit eines Mißgriffs bei dem Fürwahrhalten einer Thatsache hier bei weitem nicht soviel auf sich hat, als der Aufwand an Zeit und Kosten, oder der Gebrauch von einem seiner besondern Beschaffenheit nach zu schonenden Mittel (Eid), um zu einer vollständigen Ueberzeugung zu gelangen. Dieß ist der Fall

1) in geringfügigen Sachen [106]). Die Gründe ihrer einfachern Behandlung bei der Instruktion (S. 55.) treffen auch hier ein. Am wenigsten wird man es ordentlicher Weise dabei auf einen nothwendigen Eid ankommen lassen, sondern der Richter in seiner vernünftigen Reflexion das Ergänzungsmittel zu finden sich bemühen. Er wird also z. B. festsetzen, daß dem Vormunde für gewisse auf seinen Mündel verwendete Auslagen so und soviel in Rechnung zu passiren, obgleich die beigebrachten Beläge nicht streng beweisend sind, sofern nur sonst nach den Umständen nicht unwahrscheinlich ist, daß Auslagen geschehen sind, die ungefähr so hoch sich belaufen mögen. Wer wollte um einiger Gulden willen den Vormund hier mit einem Eide vexiren? Anders hieße es beinahe soviel als unredlich es darauf anlegen, daß er aus achtungswerther Scheu vor dem Eide nicht schwören, und sich lieber Unrecht thun lassen werde. Auch wäre von der andern Seite betrachtet, damit wesentlich weiter nichts gewonnen, wenn er sich durch einen leichtfertigen Schwur das-jenige

106) Nov. 17. cap. 3.

jenige verschaffte, was man ihm, in hartnäckiger Verfolgung einer vorgefaßten Theorie von rechtlicher Ueberzeugung, nicht ohne das Mittel der eidlichen Bekräftigung zugestehen wollte, womit die Gegenpartei denn doch am Ende immer weniger beruhigt, als ihr nur der Mund gestopft wird. — So oft überhaupt in geringfügigen Gegenständen eine Ergänzung der nur nothdürftig vorliegenden Bescheinigungsmittel voraussichtlich nicht anders, als mit unverhältnißmäßig mehrern Weitläufigkeiten und Kosten zu bewirken wäre (vergl. §. antec. in fine), wird der Richter (soll anders der Streit um die Sache und nicht bloß um das Recht geführt, mithin das richterliche Amt nicht als einer leidenschaftlichen Rechthaberei dienstbar angenommen werden,) weder auf bessern Beweis noch auf einen nothwendigen Eid erkennen, sondern nach vernünftigem Ermessen den Umständen gemäß den Streit entscheiden [107]). Man darf nicht vergessen, daß gerade bei geringfügigen Sachen die faktischen Verhältnisse gewöhnlich am meisten getrübt erscheinen. Man pflegt diesen Gegenständen vom Anfang ihres Eintritts in die Reihe der Erscheinungen an zu wenig Aufmerksamkeit zu schenken. Der Verkehr folgt dabei zu sehr Trau und Glauben. So hält es denn hinterher auch mit dem Beweise schwieriger.

Zahllose Händel und Irrungen ereignen sich fast täglich im bürgerlichen Verkehr, beim Handel und

---

107) Billig kommt es, wie ich ein für allemal erinnern will, bey der Frage: was ist hier geringfügig? keineswegs auf die besonders für die Appellabilität in einzelnen Ländern gesetzlich bestimmten Summen an, sondern vornämlich auch auf die jedesmaligen Vermögens = Verhältnisse der Streitenden.

Wandel, oft über unbedeutende Kleinigkeiten, besonders unter den niedern Ständen. Die natürliche, ich will eben nicht sagen Arglosigkeit dieser Menschen, ihre Sorglosigkeit vielmehr, ihr Mangel an logischen Begriffen, womit sie ihre Verträge und sonstigen Verabredungen schließen, oder verbindliche Erklärungen abgeben, ihre Unkunde, selbst oft in der populären Cautelar-Jurisprudenz, macht die Produkte ihres Verkehrs häufig schwankend, ungewiß und einer beliebigen Deutung fähig. Dieß giebt denn natürlich der Chicane und dem Leugnen erwünschte Gelegenheit, sowie zugleich daraus nothwendig eine Armuth an Beweismitteln entspringt. Mit einiger Gabe von Scharfsinn und Erfahrung wird daher der Richter in Beziehung auf denjenigen, dem die Beweislast obliegt, oft die leidige Bemerkung machen: tibi non deficit jus, sed deficit probatio, was mehr oder weniger auch ein Geständniß der richterlichen Ohnmacht enthält. Sollte nun aber eben diese Wahrnehmung nicht auch Motive zu rechtlichen Vermuthungen enthalten, die den Richter zu bestimmen vermöchten, Gründen der Wahrscheinlichkeit ein höheres Gewicht einzuräumen, als dieß sonst und bei wichtigern Gegenständen der Fall ist? Freilich ist hierbei große Umsicht und Erfahrung dem Richter nothwendig, besonders Erfahrung über die Denkungsart und das gewöhnliche Treiben der niedern Volksclassen, um daraus den Schluß zu formiren, was gewöhnlich geschieht, und wovon also in dem vorliegenden Fall eine Ausnahme zu machen, kein überwiegender Grund vorhanden ist. So wird sich mancher Streit z. B. über Gewährsmängel bei verkauftem Vieh, bei dem Miethen des Gesindes, in Pachtremissionsfällen, bei Bauten und Reparaturen u. s. w. nach billigem Ermessen der Verhältnisse ent-

scheiden lassen. Noch besser ist es allerdings, wenn der Richter diese seine allgemeine Erfahrung schon bei der Instruktion der Sache geltend, und die Parteien dadurch geneigt macht, ihm den Stoff zur Beurtheilung selbst zu liefern, der freilich nur so über alle Zweifel erhoben wird.

§. 36.

2) besonders bei Schadens-Ermäßigungen.

2) Noch mehr muß dem richterlichen Ermessen überlassen seyn, sobald es weniger auf die Erkenntniß gewisser Thatsachen selbst, als auf Verhältnisse ankommt, die als Wirkungen und Erfolge solcher Thatsachen erscheinen, und deren Erkenntniß eigentlich in das Gebiet der Beurtheilung fällt, weil es dabei hauptsächlich auf Vergleichung ankommt. Dieß ist der Fall bei der Schätzung eines Schadens oder überhaupt eines Interesse. Hier kann der Richter schon mit mehr Zuversicht aus gegebenen Verhältnissen auf ihre Wirkungen argumentiren. Zwar hat der Richter in der Regel hier einen Gehülfen der Beurtheilung in einem Sachverständigen. Aber bei Gegenständen von minderem Belange wird der erfahrne Richter dessen Beistand vielfältig entbehren können. Hier kommt es weniger auf sinnliche Wahrnehmung, als auf die Thätigkeit des reflektirenden Verstandes an, um den wahren Betrag eines zugefügten Schadens oder eines Interesse wenigstens annähernd (und mehr kann es denn doch auch der Sachverständige von Metier nicht,) zu bestimmen.

Denke man sich überdieß, zur Ueberzeugung von der Nothwendigkeit dieser Behandlung, wie leicht,

namentlich bei dem Landbau, ein paar streitsüchtige Nachbarn über gegenseitige Leistungen und Duldungen, die gleichwohl eine nothwendige Bedingung des gesellschaftlichen Zusammenlebens sind, hinter einander kommen können; wie leicht eine unbedachtsamer Weise zugefügte Beschädigung, oder die Meinungsverschiedenheit über Zeit und Ort einer Leistung (interesse temporis vel loci,) der Brennstoff weitaussehender Irrungen werden kann. Verträgliche Nachbarn nehmen es dießfalls sonst so genau nicht. Wenn man es aber doch genau nimmt; wenn die bisher beobachtete nachbarliche Duldung von heute an nicht mehr statt finden soll, weil man sich gestern aus einem andern Anlaß entzweit hat; wenn Rechthaberei an die Stelle der Billigkeit tritt: so können die einfachsten Händel, besonders durch die Dazwischenkunft schlimmer Rathgeber, so eingewirrt und so weitläufig werden, als irgend ein seinem Gegenstande nach wichtiger Rechtsstreit. Hat ein solcher Streitlustiger nicht weithin zum Gerichtssitze, so ist nun gar nichts, was ihm das Prozessiren verleidete. So kann ein Schade von ein paar Handvoll Gras, der durch Uebertreten des Viehes des Nachbars oder durch eine bisher ruhig geduldete Fuhre verursacht worden, besonders bei unzweckmäßiger Einleitung (weil man über der entfernten Veranlassung die nächste vergessen, und nicht durch Abschneidung derselben die Ruhe hergestellt hat,) oder weil sich der Beschädigte an einen gewinnsüchtigen Advocaten zuerst gewendet hat, leicht Veranlassung eines Servitutprozesses werden, der zwei Familien Jahre lang in Unruhe und Kosten stürzt. Der Beklagte würde vielleicht den angerichteten geringen Schaden nach richterlichem Ermessen gern vergütet haben. Aber da er nun sein vermeintes Recht der Dienstbarkeit verlie-

ren soll, sieht er sich nothgedrungen, in den Prozeß sich einzulassen.

Oft macht auch gerade die unzweckmäßig weitläufige Behandlung solcher Entschädigungsansprüche[108]), wobei der Bauer sogern der Vorstellung einer daraus abgeleitet werdenden dauernden Duldung Raum giebt, und darum unnachgiebiger wird, die Parteien erst prozeßsüchtig. Ueberhaupt kann man hier die Scheu vor einer Verletzung der Formen der Rechtsverfolgung leicht zu weit treiben. Denn zu den Formen gehören ja doch immer die auch noch so wesentlichen Stücke des Verfahrens im Gegensatze von dem, was Gegenstand des Streites selbst ist, betrachtet; Mittel, die nicht über den Zweck selbst sind. Wie verwickelt daher auch die Gewährleistungs- oder Remissionsforderung aus einem unbedeutenden Pachtvertrag über ein Grundstück seyn mag, dem Zwecke des verfolgten Rechts selbst, wenigstens nach der vermuthlichen vernünftigen Absicht der Streitenden, wäre es nicht gemäß, sie ohne Rücksicht auf Zeit- und Kostenaufwand wie Gegenstände von großer Wichtigkeit zu behandeln. Lassen wir es nur einmal dahin kommen, statt einen solchen Streit de simplici et plano zu entscheiden, (vielleicht um der Möglichkeit, ja sey es auch selbst um der Wahrscheinlichkeit willen, daß die Differenz von 10 Gulden zwischen einer geforderten und zugestandenen Entschädigung vollständiger ins Klare gesetzt werden möchte, sobald ein Augenschein eingenommen, oder Sachverständige gehört werden würden,) die Sache in einen verhältnißmäßig kostbaren Prozeß einzuleiten: gewiß, es wird mit unse-

108) Dergleichen Prozesse sollten ganz besonders sine strepitu et figura judicii (Clem. 2. de V. S.) abgewandelt werden.

rer Rechtspflege bald bewirkt werden, daß die Staatsbürger ihre meiste Zeit mit Prozessen zubringen, oder — eine solche Abneigung davor empfinden, daß sie lieber wichtige Rechte Preis geben, als sie auf diesem unheilbringenden Wege verfolgen. Denn so streitsüchtig und unruhig ist selbst der Streitsüchtigste nicht, daß er nicht endlich doch über Mittel und Zweck bei sich zu Rathe ginge.

Man braucht sich daher bei der Beurtheilung des folgenden Rechtsfalles nicht gerade auf den prekären Satz: „was dir nicht schadet und dem Andern nützt, dazu kann man dich zwingen", zu berufen, um die Entscheidung, welche hier als rechtlich ausgegeben wird, zu rechtfertigen. — Von zwei Wiesenbesitzern C und D, deren Grundstücke an einem Flusse liegen, hat jener eine Uferbefestigung vorzunehmen, und zu dem Ende mit dem D verabredet, daß dieser gegen eine auf eine bestimmte Leistung ausgemachte Schadloshaltung ohne Consequenz für die Zukunft geschehen lassen solle, daß C bei der Beifuhr der Materialien den Weg über jenes Wiese nehme. D hat aber, ehe der Bau vor sich ging, seine Wiese an E verkauft, und dieser will nun nicht geschehen lassen, wozu sich D verstanden, ungeachtet C zur vollen Schadloshaltung bereit ist. Gesetzt nun, E hätte zugegeben, daß sein Schade sich nicht über über 8—10 Ctr. Heu belaufe, wovon der Centner höchstens auf 1. Thaler anzunehmen sey; ferner, daß C nicht wohl ohne unverhältnißmäßig großen Nachtheil einen andern Weg nehmen könne, daß er dabei in neue Streitigkeiten mit andern Nachbarn verwickelt würde; es wäre ein weitläufiger Prozeß (oder gar zwei dergleichen im Fall des Regresses an D) zu besorgen; es stünde auch Gefahr einer bedeutenden Uferbeschädigung auf

längerem Verzuge. Was soll der Richter hier thun? — Den Prozeß nach allen Formalitäten verhandeln und entscheiden, oder einfach dahin erkennen: daß E gegen Entschädigung von 10 Rthlr. dieses Mal die Durchfuhr zu gestatten schuldig? Niemand wird bezweifeln, daß nur das letzte sachgemäß ist.

Ich habe mich hier lange bei Kleinigkeiten aufgehalten, weil ich der Meinung bin, daß die Art und Weise ihrer zweckmäßigen Behandlung in der That keine Kleinigkeit ist. Wer einige Kenntniß von dem Geschäftsbetriebe der Untergerichte hat, wird mir Recht geben, wenn ich behaupte, daß gerade hier sehr häufig gefehlt wird. Eine zweckwidrige Behandlung der geringfügigen oder Bagatellsachen kann zu einer heillosen Unjustiz führen, wenn die Gerichte dabei tumultuarisch verfahren, oder Geschäftsstockung veranlassen, wenn man sie zu sorgsam behandelt, worüber denn oft das Wichtigere zurückbleibt; nicht zu gedenken der Nachtheile der Verschleppung für bürgerliche und häusliche Ruhe, Nährung der Prozeßsucht u. s. w. Im übrigen will ich mich hier auf die Anm. S. 70. n. 62. berufen.

§. 37.

3) überhaupt in Interesse-Sachen und 4) bei gewissen Kriegsschäden.

3) Wenn man auch nicht hieher rechnen will den erweiterten Spielraum der richterlichen Thätigkeit bei dem Würderungs- oder Schätzungseid (juramentum in litem), wobei das Arbitrium des Richters nicht nur bei der Bestimmung eines Maximums, bis zu welchem geschworen werden darf, unbeschränkt, sondern derselbe auch bei der hiernächst erfolgenden

Entscheidung nicht unbedingt an dasjenige gebunden ist, was beschworen worden [109]), — so sind doch überhaupt die Klagen *ad interesse* von der Art, daß es hierbei hauptsächlich auf das richterliche Ermessen ankommt, und dieß vermöge einer Art von Nothrecht, wovon der Richter Gebrauch machen muß, damit nicht der Zweck den Mitteln aufgeopfert werde, vielmehr, (wie sich l. un. C. de sent. quae pro eo etc. rücksichtlich der Würdigung eines seinem Betrage nach ungewissen Interesse ausdrückt,) quod revera inducitur dammum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur: *ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat.*

4) Einen solchen unauflöslichen Wirrwarr könnte man bei Nichtbeachtung dieser Grundsätze namentlich in Prozessen über Kriegsschäden veranlassen, wenn man hier überall genau nach den Forderungen einer vollständigen juristischen Ueberzeugung sich achten zu müssen glaubte. Ist hier nur gewiß, daß der Liquidant Schäden der angegebenen Art erlitten, daß ihm z. B. seine Früchte zerstört worden, daß er seine Vorräthe durch Plünderung verloren, daß er bei gewissen Durchmärschen und Lieferungs-Requisitionen ebenfalls Einquartirungen gehabt und Lieferungen geleistet; ist der Schaden, wenn schon ohne nähern speziellen Nachweis spezificirt, also z. B. die Felder der Morgenzahl und Bestellungsart nach näher bezeichnet; was ungefähr davon zu ernten gewesen, nicht zweifelhaft; ist, wenn die Einquartirungs- und

---

109) L. 4. §. 1. sqq. L. 5. §. 1. sq. D. de in litem jurando. Hofacker princ. iur. civ. T. III. §. 4534.

Lieferungs-Listen und Beläge verloren gegangen, oder jene unordentlich geführt, diese unförmlich oder mangelhaft ertheilt worden, ist in diesem Falle bekannt, daß damals so und soviel Truppen Nachtquartier, Rasttag rc. gehabt, daß so und soviel Lieferungen ausgeschrieben worden, wovon dem Kläger zwar etwas, aber nicht so viel als er behauptet, von dem Beklagten (allenfalls dem Verpächter, oder der concurrenzpflichtigen Gemeinde) als wirklich geleistet zugestanden wird; überhaupt sind die Specificationen weder in Ansehung der Person des Liquidanten noch sonst nach den Umständen unwahrscheinlich —: So kann wenn andere Mittel, den Schadensbetrag darzuthun, vergeblich oder unverhältnißmäßig kostbar sind, gleichwohl aber auch der angelegentlichste Sühneversuch fruchtlos geblieben ist, der Richter ein gewisses Quantum entweder sofort der Billigkeit nach zur Schadloshaltung bestimmen, oder wenn die Erheblichkeit des Betrags dieß fordert, dem Liquidanten das iur. suppletorium quantitatis ohne weiters darüber zuerkennen [110]).

---

110) L. 32. X. de jure jur. Strubens R. B. I. Bd. num. 66. dann 35 und 77. Glück's Comment. XII. §. 818.

V.

Ueber die Frage: Beschränkt der Prozeß nach dem Untersuchungs-Prinzip die privatrechtliche Freiheit der streitenden Theile?

§. 38.

Der preuß. Civilproceß ist kein inquisitorisches Verfahren.

Um den Zusammenhang nicht zu unterbrechen, habe ich die Beantwortung dieser Frage, wozu mir hauptsächlich der §. 12. im III. Abschn. Anlaß gegeben hat, hieher verschoben.

Es ist nicht die richtige Ansicht, wenn man dafür hält, daß der preußische Civilprozeß, welcher von dem Untersuchungsprinzip ausgeht, mit der jeder Rechtsverfolguug zum Grunde liegenden Dispositionsfreiheit der streitenden Theile in Widerspruch stehe; und wenn vielleicht die Benennung „Untersuchungsprinzip", die an das Verfahren im peinlichen Prozesse erinnert, dieser Vorstellung günstig gewesen seyn sollte, so wäre eine andere Benennung, oder daß man sich wenigstens nicht durch den Namen irre machen ließe, sehr zu wünschen.

Der preußische Civilprozeß beschränkt so wenig als der gemeinrechtliche und sächsische die Freiheit der Streitenden, ihr Recht zu verfolgen oder aufzugeben [111]). Er geht von dem Grundsatze

111) Dieß hat schon geraume Zeit vor mir Hr. v. Gönner (Handbuch I. Bd, N. VI. et VIII.) gründlich gezeigt, und

aus[112]): der Richter, welcher den Streit über Privatrechte durch richtige Anwendung des Gesetzes auf die dabei zum Grunde liegenden Thatsachen entscheiden soll, hat die nächste Pflicht, folglich auch das nächste Recht, sich von der wahren nnd eigentlichen Bewandtniß dieser Thatsachen zu versichern. In diesem Grundsatze treffen der preußische und der gemeine Prozeß zusammen. — Der Richter ist also nach der preuß. Ger. Ordn. schuldig und befugt, den Grund oder Ungrund der in einem Prozesse vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen, und so weit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforderlich ist, ins Licht zu setzen. — Bei dem Prozesse nach dem Verhandlungsprinzip ist dieß eben so, und will der Richter den Forderungen seines Amts genügen, so verfährt er im Wesentlichen durchaus nicht anders, wenn er damit umgeht, die bestrittenen Thatsachen, über deren Zusammenhang mit dem Gesetz er urtheilen soll, in das Klare zu bringen.

Es wird also weder der Kläger zur Klage, noch der Beklagte zur Vertheidigung wider seinen Willen genöthigt; auch nicht, weil er einmal den Rechtsweg betreten hat, denselben fortzusetzen für schuldig erkannt. Auch hier ist kein Theil verpflichtet, den einmal eingeschlagenen Rechtsweg zu verfolgen und sein angefochtenes Recht entweder durch Vergleich oder richterliches Erkenntniß richtig stellen zu lassen. Der Kläger kann zu jeder Stunde vor ausgemachter Sache

---

ich will insofern das hier Gesagte nur für einen Beitrag zur Berichtigung neuerer Zweifel dagegen erklären.

112) Einleit. zur allg. Ger. Ordn. für die preuß. Staaten §. 6. sqq.

abtreten; eben so der Beklagte. Jener wie dieser kann von den wechselseits vorgebrachten Thatsachen auch solche, die noch auf weiterer Erörterung beruhen, einräumen, unvollständige Beweismittel für vollständig anerkennen, einen unternommenen Beweis fallen lassen u. s. w., ohne daß der Richter hier irgend etwas einzureden hat. Wie verschieden dessen Stellung im eigentlichen Untersuchungsprozesse! — Die Dispositionsfreiheit der Parteien ist also nach dem einen Prinzip so unbeschränkt, wie nach dem andern.

Nach dem Untersuchungsprinzip gilt die Regel:

> der einmal implorirte Richter geht den Weg zum Ziele der Prozeßführung so lange fort, bis von derjenigen Partei, die seine Thätigkeit verlangt hat, ausdrücklich Stillstand begehrt wird, und er räumt die ihm im Fortschreiten in den Weg kommenden Hindernisse auch von Amtswegen auf die Seite.

Diese Regel gilt bis auf die ausgezeichneten Worte: „ausdrücklich — auch von Amtswegen" auch von dem Verfahren nach dem Verhandlungsprinzip. In jenen Worten allein liegt also das unterscheidende Merkmal beider. Denn bei dem Verhandlungsprinzip ist es nicht bloß das ausdrückliche Verlangen, sondern

> jede Handlung oder Unterlassung, woraus vermuthet werden kann, daß der Partei an der ihr vortheilhaften Fortsetzung der Sache nichts gelegen, ist hinreichend, den Richter zum Stillestehen zu veranlassen.

Dieß ist namentlich der Fall, so oft ein das Fortschreiten zum Ziele hindernder Umstand eintritt, der

nur mit Zulassung dessen wirksam seyn kann, welchem an dem Fortgange liegt; insonderheit ein Ungehorsam bei Abgebung einer Antwort oder überhaupt einer Erklärung, weßhalb die Accusation unterlassen wird. „Du würdest dir, argumentirt der Richter, „dieses deiner früher erklärten Absicht widersprechende, dir also nachtheilige Benehmen deines Gegners „nicht gefallen lassen, wenn deine Absicht noch dieselbe wäre.“

§. 39.

Ueber die Vernunftmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Untersuchungsprinzips.

Es läßt sich wider die Vernunftmäßigkeit von beilerlei Methoden nichts einwenden, sofern sie beide auf richtigen Gründen beruhen. Nur nimmt die Untersuchungsmethode die Sachen mehr wie sie sind, die der Verhandlung, wie sie seyn können. Letztere vermehrt die Verpflichtungen der Parteien, für den Betrieb, ja selbst für den Ausgang des Rechtsstreits nach den Forderungen der materiellen Wahrheit zu sorgen, während dieß nach der U. M. vornämlich dem Richter zur Pflicht gemacht ist, der auch ohne Widerrede allein in der Lage ist, wo er dieser Pflicht zweckmäßig genügen kann. Hier handelt der Richter im Geiste eines Organs der Regierung für die Aufrechthaltung des Rechtsstandes, zwar nicht gegen den Willen des Betheiligten, aber doch nach der Regel: es ist zu vermuthen, daß der Betheiligte die zum Zweck führenden Mittel wolle, so lange er den verlangten Zweck nicht ausdrücklich aufgiebt. Bei der Verhandlungsmethode erscheint der Richter mehr als Maschine, die nur durch äussere Kraft, durch die Betriebsamkeit des Rechtsuchenden, im Gange erhalten wird. — Sollte es, ohne Rücksicht auf vermeinte

Consequenz, nicht hauptsächlich darauf ankommen, bei welcher Methode sich die Rechtsuchenden besser befinden? Könnte man auch nicht eine ziemlich lange Erfahrung im Preußischen für die Zweckmäßigkeit des Untersuchungsprinzips anführen; so würden sich die Einwürfe gegen selbiges schon aus Vernunftgründen widerlegen lassen. Man kann beinahe a priori als ausgemacht annehmen, daß gewiß keine Partei auf den Gedanken verfallen werde, es sey ihrer Dispositionsfreiheit Eintrag geschehen, wenn man ihren Gegner zur Befolgung des von ihr impetrirten richterlichen Befehls nöthigt, ohne erst ein erneuertes Begehren abzuwarten. Sie würde sogar in ihrem schlichten Menschenverstande die Entschuldigung: daß kein absoluter Zwang zur Rechtsverfolgung Statt finde, für sehr grillenhaft und unpassend ansehen. Man darf auch, abgesehen von müssigen Speculationen und tyrannischen Prinzipien, die Sache nur mehr von ihrer praktischen Seite betrachten, um auch darin Gründe gegen den Vorwurf einer vermeinten Inconsequenz des Untersuchungsprinzips zu finden. Es führt ungleich mehr zur Verschleppung der Prozesse, wenn man eine vermuthliche Acquiescenz zuläßt, als wenn man annimmt, daß derjenige, der den Rechtsweg einmal betreten, ihn fortsetzen wolle. Statt aller Subtilitäten frage man doch lieber nur die Erfahrung: sie spricht gewiß dafür, daß die erstere Vermuthung ohne Vergleichung weit öfter trügt, als die letztere. Die meisten Kläger, das darf man annehmen, streiten nicht aus Vergnügen; es macht ihnen Unlust nur einmal klagen zu müssen. Sollen sie dieß in einem Prozesse öfter thun (durch Contumacial-Anklagen); so vermehrt dieß ihr Mißbehagen, ja ihren Verdruß, zumal wenn sie sehen müssen, daß dieß lediglich eine Wirkung unrechtlicher Handlungen

ihres Gegners ist. Sie müssen also, sie mögen wollen oder nicht, prozeßlustig werden, oder aus Ueberdruß vor diesen Vexationen und Umtrieben nun wirklich den Grundsatz der präsumtiven Acquiescenz praktisch machen.

§. 40.

Fortsetzung.

Wider das Prinzip, worauf die Verhandlungsmethode gebaut ist, (wiewohl es auch der Untersuchungsmethode und jeder Civilprozeßform zum Grunde liegt,) läßt sich an sich nichts einwenden; denn zur Rechtsschutzannahme findet kein absoluter Zwang statt. Aber man hat von diesem Grundsatz eine zu ausschweifende Anwendung gemacht, und sich damit von der einfachsten aller Wahrheiten entfernt, nämlich daß vermuthet werden muß: jeder wolle das, was ihm gut ist, bis das Gegentheil klar erhellet. Ja, in jener ausschweifenden Anwendung erscheint die Lehre sogar im schneidendsten Contrast mit der Erfahrung. Des Klägers Absicht, wenn er den Rechtsweg betritt, ist doch offenbar nicht die, die theuere und sonst nichts weniger als angenehm unterhaltende Comödie eines Prozesses zu spielen; er will reellen und unausbleiblichen Schutz für sein verletztes Recht. Es ist ihm nicht um ein bloßes richterliches Gebot oder Verbot zu thun, das der Beklagte erst auf wiederholte Erinnerung befolgt, und um deßwillen nicht eher befolgt, weil er weiß, daß der Richter in der Meinung steht, der Impetrant könne seit Erlassung des Befehls doch wieder anderes Sinnes geworden seyn, und darum nichts für die Vollziehung seines Befehls thut, sondern es darauf ankommen läßt, daß der Kläger noch einmal bittet, es möge dem Beklagten geboten werden, daß er

doch das Gebot befolge[113]). Was wäre wohl natürlicher, als daß ein unter einem gewissen angemessenen Rechtsnachtheil von dem Richter erlassener Befehl von ihm ohne weiteres Anrufen gehandhabt, also auch gegen den Ungehorsamen mit Zwang vollstreckt würde, wenn derselbe nicht von dem Impetranten Quittung oder eine ausdrückliche Nachsichtserklärung beibringen könnte? Ist dieß nicht natürlicher als die prekäre Präsumtion einer stillschweigends gegebenen Nachsicht, die vielleicht in zehen Fällen nur einmal zutrifft, und die nichts destoweniger der Extrahent der Verfügung erst durch ein Zwischenverfahren im Contumacialwege beseitigen soll? Mit welchem Grunde soll man annehmen, daß es natürlicher sey, der Impetrant werde sich das durch seinen Antrag nützlich Gewirkte nicht zueignen, als er werde davon Gebrauch machen wollen? Daß ein richterlicher Befehl z. B. ad excipiendum eigentlich für nichts und wieder nichts gegeben werden könne; daß der Beklagte nach Gutdünken selbigen befolgen oder unter den Tisch werfen könne, der Ungehorsam also für ihn durchaus keine nachtheilige Folgen, wohl aber den Vortheil des Zeitgewinns hat, der sehr bedeutend seyn kann, wenn der klägerische Anwalt nachlässig ist; daß auf der andern Seite der Kläger und nur dieser unter den Folgen des Ungehorsams des Gegners leidet, wenigstens in dem Fall, wo die Citation bloß monitorisch ist, ja selbst da, wo lis pro nega-

113) Unwillkührlich fällt mir hierbey immer eine fürstlich Ansbachische Verordnung ein, welche verordnete, daß die alten Verordnungen respektirt werden sollten, indem man nicht alle Jahre neue ausgehen lassen könne. — S. Real-Index der Onolzbach. Landes-Constitutionen. Onolzb. 1774. S. 57.

negative contestata angenommmen wird, — — dieß würde freilich derjenige, der von unserm Prozesse nichts weiß, mit der gesunden Vernunft schwer in Einklang zu bringen wissen, und wenn man es ihm aus dem Grundsatze der Dispositionsfreiheit erklären wollte, eher auf eine Sprach- und Begriffs-Verwirrung schließen, als sich befriedigt finden. Er würde uns vielleicht das Beispiel von einem Arzt vorhalten, der dem Patienten, welcher ihn zu seiner Heilung gerufen, ein Rezept schriebe, und sich dann aus übertriebener Delikatesse, er möchte dem Patienten lästig werden, sich weiter nichts um die Wirkung der Arzenei oder um den Kranken bekümmerte, bis er ihn wieder rufen ließe, und so fort und fort.

Auf den Einwurf der Inconsequenz, den Herr von Grolman dem Untersuchungsprinzip in Beziehung auf die Beweisführung macht:

„der Richter habe nicht die Verbindlichkeit, sich „selbst unaufgefordert Gründe zum Beweise aufzusuchen; denn sobald nur etwas wirklich unter den Parteien streitig sey, müsse der Beweis als die Bedingung des anzuerkennenden „Rechts betrachtet werden, und von Amtswegen „beweisen, wäre eben so viel, als von Amtswegen Rechte anerkennen, deren Existenz doch „von dem Willen dessen abhänge, für welchen „sie anerkannt werden sollen,“

hat schon Herr von Gönner[114]) geantwortet. Es ist überdieß mit diesem Einwurf sogar zu viel bewiesen, sofern als, wenn er Grund hätte, daraus nothwendig folgen müßte, daß der Richter auch im Ver-

114) Handb. I. S. 186.

handlungsprozesse seine Befugniß überschritte, wenn er zu Folge der oben (S. 68. not. 61.) angeführten Gesetzstellen seine Thätigkeit in Erforschung der Wahrheit, des Zusammenhangs und eigentlichen Verhältnisses der Thatsachen geltend macht, also für den Beweis, wenn auch nur mittelbar, positiv thätig ist. Und diese Befugniß müssen wir ihm ja doch zugestehen, wenn wir uns nicht in Widersprüche mit den Forderungen verwickeln wollen, die wir an sein urtheilendes Amt und überhaupt an die Rechtspflege machen, wo es darauf ankommt, was Recht ist, nicht was das durch die Gunst langer Gewohnheit Bestehende uns dafür erscheinen läßt, und ein spitzfindiges Sophisma als Recht glauben heißt. Erstreckt sich die Prüfung des Richters lediglich auf das, was vorgebracht ist, nach einer strengen Anwendung der Regel, sicut audit, ita judicat[115]), so ist es offenbar widersprechend, ihm zu erlauben, nach Befinden den Aktenschluß wieder aufzuheben (S. 42.), um ein mangelhaftes Vorbringen und mangelhafte Beweise ergänzen zu lassen. Hier haben sogar die Parteien, indem sie zur Sentenz submittirten, deutlich genug (und, in consequenter Verfolgung der Verhandlungstheorie, auch mit Wirkung) zu erkennen gegeben, daß sie schlechthin auf ihr Vorbringen erkannt wissen wollen. Liegt dem Richter nicht auch an der materiellen Wahrheit, so wird er in jedem Vorbringen, in jeder noch so mangelhaften Beweisführung, wenigstens im negativen Verhältniß, Stoff genug finden, ein formell gerechtes Erkenntniß zu fällen, gesetzt, daß sich ihm auch eine von den oben angeführten Ursachen zur Aufhebung des Aktenschlusses von Amtswegen in den Weg stellt. — Ich

115) can. 4. C. III. Qu. 7.

kehre nach dieser kleinen Ausschweifung zu meinem Hauptthema zurück.

§. 41.

Beweise aus dem Gesetze selbst, daß der preuß. Prozeß die Dispositionsfreiheit nicht gefährdet.

Es kommt alles darauf an, sich zu überzeugen, ob der Prozeß nach dem Untersuchungsprinzip, also auch der preuß. Prozeß insofern mit der Grundidee jeder Rechtsverfolgung in Widerspruch kommt, daß er die Parteien wider ihren Willen zur Verfolgung oder Vertheidigung ihres Rechts nöthigt. Dieses ist nun auf keine Weise der Fall, und für den preuß. Prozeß namentlich mögen folgende Stellen der Prozeßordnung, die mir eben beifallen, uns eines Andern überzeugen.

„Wenn in dem zur förmlichen Aufnahme der angemeldeten Klage anberaumten Termin der Kläger ausbleibt, so ist der Richter weder schuldig noch befugt, die Sache von Amtswegen zu betreiben, sondern er muß das Anmeldungsprotokoll reponiren und abwarten, ob und wann der Kläger für gut finden werde, seine Klage weiter fortzusetzen.“ (Tit. 4. §. 20.)

„Wenn der Kläger in dem Instruktionstermin sich gar nicht meldet, und auch vorher nicht zu erkennen gegeben hat, daß er die Sache fortsetzen wolle, so wird angenommen, daß er sich der Fortsetzung des Prozeßes begebe. — — Was der Beklagte zu thun hat, wenn ihm daran gelegen ist, daß die Sache fortgesetzt und rechtlich entschieden werde, ist im Titel vom Diffamations- und Provokations-Prozesse vorgeschrieben.“ (Tit. 9. §. 42. Tit. 20. §. 19.)

„In allen Fällen, wo (wegen eines Präjudicialpunktes) die Aussetzung der Hauptsache gesetzlich verordnet ist, findet eine Ausnahme statt, und es muß gleichwohl mit der Instruktion der Hauptsache verfahren werden, wenn beide Theile darüber einig sind.“ (Tit. 10. §. 75.)

„Die (wegen legaler Abwesenheit einer Partei gesetzlich vorgeschriebene) Suspension eines Prozesses findet nicht statt, wenn der Abwesende sich deren selbst nicht bedienen will.“ (Tit. 20. §. 16.)

Wenn der Kläger nur dem Prozesse, nicht zugleich dem Anspruche selbst entsagt, so hängt es von dem Beklagten ab, ob er sich dabei beruhigen, oder, um die Sache mit dem Kläger bald auszumachen, im Wege der Provokation, denselben anhalten will, den Prozeß fortzusetzen, oder ausdrücklich dem eingeklagten Anspruche zu entsagen. (Tit. 20. §. 21.)

„Wenn der Kläger dem richterlichen Befehle wegen Bestellung der Prozeßcaution nicht Folge leistet, so muß er dazu auf Anmelden des Beklagten mittelst Exekution angehalten werden.“ (Tit. 21. §. 10.)

„Ist die einer solchen Caution halber veranlaßte Exekution (wegen Mittellosigkeit des Klägers) fruchtlos, so muß er, wenn es der Beklagte ausdrücklich verlangt, den Cautionseid ableisten.“ (ib. §. 11.)

Den Parteien steht es frei, statt anderer Beweismittel sich der Eidesdelation zu bedienen. Der Richter muß sie zwar an die Bedenklichkeiten dieses Beweismittels und an die anderweit vorhandenen

Beweismittel erinnern; wenn aber die Partei dennoch auf der Eideszuschiebung beharrt, so hat es dabei das Bewenden. (Tit. 10. §. 252. fgg.)

„Wenn bei der Formirung des Klagpetitums der Kläger aus dem vorgetragenen Facto etwas anderes oder mehreres herleiten will, als nach der Meinung dessen, der die Klage aufnimmt, vermöge der gesetzlichen Vorschriften gefolgert werden kann, so muß dennoch, wenn der Kläger sich nicht bedeuten lassen will, der Antrag nach seinem Verlangen abgefaßt werden.“ (Tit. 5. §. 19.)

Dieß mag genug seyn zum Beweise meiner Behauptung, daß der preußische Prozeß so wenig als der gemeine und sächsische die bürgerliche Freiheit der streitenden Theile beschränke, und daß ersterer kein Untersuchungsprozeß, sondern eigentlich ein im Verhältniß zu dem gemeinen deutschen und sächsischen Prozeß ausgedehnter **summarischer Prozeß** ist bei dem sich die Schwierigkeiten weniger in dem Prinzip und dessen möglich folgerechter Durchführung, als in sofern zeigen, daß der preußische Instruent weit mehr leisten muß, als ein Theil (doch nur ein Theil) der Richter zu leisten vermag, um der Ordnung des Verfahrens ganz zu genügen. Will man das Prinzip um deßwillen für unpraktisch halten, so habe ich nichts dagegen. Aber man nenne nur das Ding beim rechten Namen, und sorge nebenher für — bessere Richter.

§. 42.

Annäherung neuer Prozeßgesetzgebungen an das Untersuchungsprinzip.

Man scheint auch in neuerer Zeit dem Untersuchungsprinzip mehr geneigt zu werden, und von der

Idee des Verhandlungsprinzips wenigstens in seinen ausschweifenden Wirkungen abzukommen.

Nach der neuen Prozeßgesetzgebung für das Großherzogthum Hessen ist eine sehr einfache[116]) Ordnung des gewöhnlichen Verfahrens bei Land- und Stadtgerichten vorgeschrieben. Die Haupttendenz dieser Gerichtsordnung geht, wie die Motive sagen, dahin: für die Justizadministration bei den Landgerichten (Untergerichten) einen kurzen, einfachen und erschöpfenden Gang vorzuzeichnen, der auf die Basis des Instruktions- (Untersuchungs-?) Verfahrens gegründet, dem Richter die Pflicht auflegt, die Wahrheit von Amtswegen zu erforschen, wenn auch die Partei selbst eine genügende Ausführung ihrer Rechte nicht vorgebracht hätte[117]). Es ist dem Landrichter nach Art. 1. jener Ordnung (a. a. O. S. 21.) zur Pflicht gemacht, auch aus verworrenen Vorträgen der Parteien sich durch zweckmäßige Fragen eine klare Ansicht derjenigen faktischen Verhält-

116) Ob sie nicht gar zu einfach und besonders für verwickelte Fälle die Termine nicht gar zu eng gesetzt sind, wird der Erfolg bei der Anwendung lehren. Gerade die Gerichte erster Instanz haben nicht selten das schwierigste Stück zu bearbeiten. Es läßt sich weit leichter auf eine instruirte Klage und Antwort weiter fort operiren, als diese Edukte einer schwierigen Informations-Erziehung von einfältigen oder verworrenen Parteien zu Tage fördern. Schreibt man also den Unterrichtern zu enge Termine vor, so muß man entweder von der gesetzlichen Strenge nachlassen, oder zugeben, daß sie das Werk überhudeln. Beides geht dann auf Rechnung der Gesetzgebung.

117) Neue Civilprozeß-Gesetzgebung f. d. Grosherzogth. Hessen, 1s Heft, S. 17.

nisse, auf welche es ankommt, zu entwickeln, und dasjenige, was unter dieser Voraussetzung dem Rechte einer Partei entspricht, zu berücksichtigen, wenn auch diese selbst ihr Recht nicht genügend ausgeführt hätte. Hierdurch und durch das in den Artikeln 1. bis 11. 19. bis 21. 25. seqq. vorgezeichnete, im wesentlichen ganz mit dem in der preußischen Prozeßordnung Titel 5. 9. 10. nur weitläufiger vorgeschriebenen, übereinstimmende Verfahren soll bei Untergerichten „die Nothwendigkeit der Bestellung von Bevollmächtigten ausgeschlossen, und der Glaube erweckt werden, daß bei diesen Gerichten jeder seine Sache selbst ohne Gefahr betreiben könne. Es soll zwar darum die Advokatur nicht als Uebel betrachtet werden, welches man in vielen Ländern durch das Verbot der Amts-Advokaten zu entfernen suchte, sondern nur insofern als man mit dieser Advokatur eine Licenz gestattet, bei welcher der Eigennutz schlechter Menschen Spielraum findet. So soll es den Advokaten wenigstens bei Untergerichten nicht möglich seyn, einfache und klare faktische Verhältnisse zu verwirren, durch halbe Erklärungen, Darüberhinschlüpfen und schlaue Reticenzen in eine Art von Halbdunkel zu versetzen, und durch dickleibige Schriften einfache Sachen in eine Aktenmenge zu vergraben, aus welcher nur mit Mühe der Richter wieder das einfache Faktum sich zu entwirren vermag“ [118]).

Im Königreich Würtemberg soll nach dem neuesten Organisationsedikt über die Rechtspflege in den untern Instanzen vom 31. Dezember 1818. [119]) künftig

---

118) a. a. O. S. 23 und 25.

119) Organisations-Edikt über die Rechtspflege in den untern Instanzen im Königreich Würtemberg. Mit Bemerkungen

die Untersuchungsmaxime bei dem Verfahren vor den untern Gerichten vorherrschen; d. h. der Richter, wenn einmal seine Thätigkeit durch das Anbringen der Klage aufgerufen ist, soll

1) von Amtswegen die Parteien zu bestimmten Erklärungen über ihre gegenseitigen Ansprüche und die Thatumstände, worauf sie solche gründen, auffordern;

2) die Leitung des Prozesses, welche dem Richter schon nach den Grundsätzen des gemeinen Prozesses gebührt, soll ihm das Recht und die Pflicht geben, die gesetzmäßig angedrohten Folgen des Ungehorsams einer Partei, auch ohne besondere Ungehorsams-Beschuldigungen, von Amtswegen auszusprechen;

3) soll der Richter überhaupt für den unzweifelhaften Zweck jeder Partei auch von Amtswegen thätig seyn.

Dieses Verfahren nähert sich in sofern dem preußischen. Dagegen finden nach der Meinung der Verfasser der Bemerkungen [120]) folgende sehr bedeutende Abweichungen statt:

---

der Referenten bei der Org. Commission. Stuttgart 1819. Seite 15 der Bemerkungen.

120) Ich kann dieser Meinung nicht durchaus beipflichten. Denn was die vermeinte Abweichung

auf a) anlangt, so wird man, abgesehen allenfalls von der von Amtswegen geforderten Edition, in dem was ich vorhin über den Geist des preuß. Civilprozesses gesagt, nichts Abweichendes entdecken; und wenn man

auf d) nur den §. 12. der Einleit. zur preuß. Prozeßordnung, dann Tit. 3. §. 1. fgg. ferner Tit. 25. §. 5. n. 2.

a) Wenn schon der Richter für den unzweifelhaften Zweck jeder Partei von Amtswegen thätig seyn soll; so darf er doch zur Erreichung dieses Zweckes kein Mittel anwenden, dessen Anwendung die Partei nicht schon bisher im Verhandlungswege zu verlangen berechtigt gewesen wäre.

b) Man erwartet von dem Richter nicht, daß er bei Anbringung der Klage seinen Scharfsinn anstrenge, um den Kläger alle Einwendungen entgegen zu halten, welche von dem Beklagten denkbarer Weise künftig vorgebracht werden könnten.

c) Selbst in der Form des Verfahrens wollte man sich von dem bisherigen Gange so wenig als möglich entfernen.

---

vergleicht; so sieht man sogleich, daß in der Regel die Parteien ihre Prozesse in Person abwarten sollen, Rechtsassistenten nur nachgelassen, und Bevollmächtigte nur ausnahmsweise gestattet werden; und dieses nicht bloß bei Untergerichten, sondern sogar bei Obergerichten! —

Wenn (auf b) die Informations-Einziehung bei der Klage (die übrigens nach der preuß. P. O. Tit. 5. §. 8. eben nicht als Leisten vorgeschrieben ist, sondern „dem Deputirten und dem klägerischen Advokaten nur zum Probiersteine dienen soll", um sich hiernach selbst controlliren zu können,) einfacher beliebt worden; so liegt wohl der Grund mehr in der einfachern Anlage beiderlei Prozeßgesetzgebungen; im Wesentlichen selbst ist keine Abweichung vorhanden, und eben in dem Wesentlichen müssen diese oder ähnliche Maximen bei der Informations-Einziehung immer beobachtet werden, werden auch wohl von einem verständigen Instruenten und Advokaten ohne ausdrückliche Anweisung von selbst beobachtet.

d) Setzt es die preußische Gerichtsordnung als Regel voraus, daß die Parteien von rechtsgelehrten Beiständen berathen werden. Die Beiziehung derselben soll aber nach dem Edikte zwar den Parteien nicht verwehrt seyn; aber doch sollen diese in keinem Falle hierzu vom Gericht angewiesen werden.

VI.

Einige Worte über die Trennung der streitigen und nichtstreitigen Rechtssachen im Justizverwaltungsorganismus.

---

§. 43.

Diese Trennung ist nicht unbedingt realisirbar.

Ich komme hier dem oben §. 6. angegebenen Plane dieser Abhandlung gemäß, und als eine Art von Ergänzung des II. Abschnitts auf einen Gegenstand, der besonders in unserer, dem Gewohnten eben nicht sehr günstigen Zeit zu den vielbesprochenen gehört; ich meine die Trennung der richterlichen Gewalt in streitigen und freiwilligen Rechtsgeschäften. So wie jedes Ding in der Welt seine zwei Seiten hat, so hat sie auch diese Trennung, und dieß ist wohl die Ursache, warum dieselbe bis jetzt erst hie und da im Werden ist, in dem größten Theile von Deutschland aber die Vereinigung beider Zweige der richterlichen Gewalt noch bis auf diesen Tag besteht.

Es ist nicht zu leugnen, daß, wenn der nämliche Richter, der bei einem Akte der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit leitend und genehmigend eingewirkt hat, hinterher über dessen bestrittene Rechtsbeständigkeit entscheiden soll, daraus Collisionen entstehen können, die eine unbefangene und gleich durchgehende Entscheidung zweifelhaft machen. Wenn daher nicht erhebliche Gründe diese Trennung, ich sage nicht geradehin unpraktisch machten (denn davon ist nirgends eine Rede) wohl aber nur mit Behutsamkeit und unter gewissen Vorbedingungen zu realisiren riethen, so würde schon der mögliche Mißbrauch ein hinlängliches Motiv seyn, sich ohne weiters für die Abschaffung einer so mangelhaften Verfassung zu erklären, und zwar ohne alle Rücksicht auf das Alter ihrer Dauer. Allein folgende Betrachtungen, wenn sie auch diese Trennung nicht schlechthin widerrathen, enthalten doch Winke für die Reformatoren unseres Verwaltungs-Organismus, daß sie damit nicht zu rasch und eilfertig zu Werke gehen, sondern fein behutsam und mit sorgsamer Erwägung dessen, was sie für das Alte besonders bei der subjektiven Organisation zu geben im Stande sind. Diese Betrachtungen gehen von folgenden Erfahrungssätzen aus:

1) Die Vereinigung dieser beiderlei Justizverwaltungszweige gewährt eine vollkommenere praktische Schule für den Rechtsgeschäftsmann, während die Trennung wenigstens Anlaß werden kann, daß an die Stelle durch Erfahrung gereifter Wissenschaft bloße Routine tritt.

2) Bei Unterbehörden ist die allzuscharfe Trennung der Gewalten weder überall nothwendig noch auch rathsam.

3) Die zu vermeidende Collision liegt weder absolut noch einzig in der fraglichen Verbindung;

4) dem Staate werden neue Lasten aufgebürdet, was nicht bloß in finanzieller Hinsicht bedenklich ist.

Wollen wir nun diese Behauptungen einer nähern Würdigung unterstellen.

§. 44.

1) Die Vereinigung fördert eine wissenschaftliche Praxis; die Trennung ist ein Hinderniß derselben.

Ich sage nichts von der nahen Verwandtschaft beider Gewaltszweige, besonders in Beziehung auf die s. g. gemischt freiwilligen Gerichtshandlungen, (S. 21. 23.) wo der Richter bei der hier statt findenden causae cognitio et decisio einigermassen wenigstens in die nämliche Sphäre tritt, in der er im streitigen Prozesse sich bewegt; aber es ist für die bessere Besorgung der nicht streitigen Rechtssachen und für den eigentlichen Zweck der Institution: Verhütung künftiger Prozesse, unleugbar schon sehr viel werth, wenn die nämliche Person, deren Amt zunächst in der Instruktion und Entscheidung der Prozesse besteht, jene Geschäfte leitet, welche so häufig die Quellen der Prozesse sind.

Das wesentlichste Erforderniß einer zweckmäßigen Verwaltung dieser Geschäfte ist eine durch Theorie geläuterte und gestärkte praktische Erfahrung; und von wem könnte diese in einem vollendetern Grade erwartet werden, als von demjenigen, der aus täglicher Beschäftigung mit Prozessen weiß, wie und worüber Prozesse hauptsächlich entstehen, und wie ihnen

vorzubeugen gewesen wäre? Denke man sich dagegen selbst da, wo die Trennung im übrigen mit möglichster Umsicht geschehen ist, wie im Großherzogthum Hessen (S. 18. n. 12.) oder im Königreich Würtenberg[121]) diesen Verwaltungszweig in den Händen eines Stadtschreibers, wenn er auch theoretischer Jurist ist, des Gemeinderaths, eines Notars, der nicht wenigstens zugleich das Amt eines Advokaten bekleidet. Ich nehme hier sogar an, daß diese Land- und Stadtschreiber ꝛc. die Rechte ganz, nicht wie so manches in Schreibstuben gebildete oder wenigstens ausgebildete Subjekt nur halb studirt haben. Ihnen werden zwar durch lange Uebung die Geschäfte endlich geläufig werden. Aber da sie zu jenen Erfahrungen, die der Richter macht, meist keine Gelegenheit haben; so fehlt ihnen gerade das Beste; ihre Geläufigkeit versinkt allmählig zur bloßen Routine, zum todten Formelkram; es mangelt ihnen der Stoff, das am Angewöhnten sich findende Mangelhafte zu entdecken und zu verbessern. Der Pachtvertrag wird also fort und fort so aufgenommen, wie er von jeher anfgenommen worden, während dem Richter ein vielleicht kürzlich über das nämliche Rechtsgeschäft instruirter und entschiedener Prozeß manche Cautelen an die Hand giebt, die er nützlich anwendet.

Eben diese bloße Geläufigkeit vermindert auch allmählig das Interesse an der Sache; das ewige Einerlei erzeugt eben sowohl Abgestumpftheit als Einseitigkeit und jenen leidigen Schlendrian, in welchem, wie ich oben schon bemerkt habe, das wahre Leben untergeht. — Daher ist in diesem Dienstzweige, wo

121) Organis. Edikt §. 39.

heute geschieht, was gestern geschehen, und wenn Gott das Leben schenkt, übers Jahr wieder geschehen wird, der Schlendrian und das Maschinenmäßige gerade zu Hause; es erstirbt damit die Liebe zum Studium und das Fortschreiten nach den Forderungen der Zeit auch im Berufe. Denn hier handelt sichs um gemessene Formen, die in ihrer Art ewig und unveränderlich sind. Der Geschäftsmann, der, was er thut und treibt, und wie er es thut und treibt, so zu reden, auf Jahre hinaus berechnen und vorhersagen kann, muß endlich mit den besten Anlagen an Wissenschaft, Geist und Gemüth ein Handwerker werden. Und sollte die Betrachtung, daß der Mann, der einmal in diesem Wirkungskreise seine Anstellung gefunden hat, gewöhnlicher Weise darin bleibt, bis er stirbt oder invalide wird, ganz ohne Bedeutung seyn? — diese Betrachtung, die den so natürlichen Trieb des Weiterkommens im Staatsdienste und mit demselben das belebende Prinzip des Fortschreitens zu höherer Verdienstlichkeit niederschlägt, ja ertödtet?

§. 45.

2) Bei Unterbehörden ist die allzuscharfe Trennung der Gewalten weder überall nothwendig, noch auch rathsam.

Wir haben es hier nur mit Untergerichten zu thun; bei den Obergerichten trifft es ohnehin seltener ein, daß die Justizverwaltung in nichtstreitigen Rechtssachen zu ihrem Wirkungskreise gehört, und wo es auch eintrifft, läßt das zahlreichere Personal derselben entweder nach einer ein für alle Mal oder bei vorkommenden Fällen getroffenen Einrichtung die bezielte Trennung in dem Schooße eines und desselben Gerichts ohne Schwierigkeit zu. Dieß ist auch der Fall bei

denjenigen Untergerichten, welche eine Collegialeinrichtung haben und stärker besetzt sind, wie z. B. bei den Kreis- und Stadtgerichten in Baiern. Aber auch die einfacher formirten Untergerichte, die bloßen Justizämter, erheischen diese Trennung nicht absolut, sie ist sogar nicht so schlechthin rathsam. Bei diesen Untergerichten besteht der größte Theil der Rechtshülfsbedürftigen aus Personen der niedern Volksclasse. In der Regel betrachten diese in allen ihren, die öffentliche Verwaltung berührenden streitigen und nicht streitigen Rechtsangelegenheiten ihren Justizamtmann, Landrichter, Oberamtsrichter und wie er sonst heißen mag, für ihre erste Instanz; bei ihm suchen sie Rath und Hülfe, wie für ihr Seelenheil bei dem Beichtvater, und sie erkennen in ihm den Freund und Vater. So soll es wenigstens seyn, so ist es auch Gottlob in der Regel, und wenn es hin und wieder anders ist, so liegt der Mißgriff nicht dem zur Last, der dem Manne sein Vertrauen schenkt, auch nicht der Einrichtung selbst, sondern demjenigen, der einen Unwürdigen zum Gegenstand des nothwendigen Vertrauens gemacht hat. Diese haarscharfen Distinktionen im Organismus der öffentlichen Gewaltsverhältnisse, diese Zerstückelung der Ressorts liegt nicht im Charakter des Deutschen, und es will vornehmlich dem Bauer nicht gefallen, wenn er in den mancherlei Nöthen, die ihm zustoßen, wie man sagt, vom Pontius zum Pilatus gewiesen wird. Hiezu kommt, daß dieses nothwendige Vertrauen zwischen dem Beamten und seinen Amtsanbefohlenen von vorn herein gestört wird, wenn die Trennung von der hier die Rede ist, realisirt wird, und der s. g. gemeine Mann von den Beweggründen derselben Kenntniß nimmt. Und doch sollten die Regierungen bedenken, daß es in so mancher Rücksicht bedenklich ist, den Saamen des Miß-

trauens[122]) gegen diejenigen Organe der öffentlichen Gewalt, welche dem Volke am nächsten stehen, und eigentlich zunächst die Verbindung zwischen Regierer und Regierten erhalten, auszustreuen. Vieles ließe sich noch hierüber sagen, aber es würde mich zu weit führen, und am Ende — würde man mir vielleicht nicht glauben. Also sage ich nur noch, daß das ganze Heer von Regierungs-Maximen gegen Willkühr der Beamten, und die Legion von Controllen, die eine argwöhnische und überkluge Regierungsklugheit ausgesonnen hat, und noch aussinnen mag, in Ewigkeit das nicht leistet, was eine vorsichtige Wahl bei der Anstellung der Beamten (und hat man nicht Subjekte genug, um wählen zu können?) wirkt. Alle diese Controllen und Maximen werden Diebe nie zu ehrlichen Leuten machen, wohl aber mag das leidige „quilibet praesumitur malus", das man praktischer vor der Anstellung des Staatsdieners befolgte, manchen ehrlichen Mann von nicht ganz festen Grundsätzen mit gewissen Vorstellungen vertraut machen, durch die er nur zu leicht das werden kann, wessen ihn eine unbillige Vermuthung fähig gehalten hat.

§. 46.

---

122 Dieß geschieht leider in so manchen Ländern auf eine so aufallende Art, daß man meinen sollte, die obern Behörden gingen absichtlich darauf aus, die untern verdächtig zu machen, um sich dadurch dem Volke als die allein Reinen darzustellen. Möchten sie wissen, daß sie das Volk darum nicht für besser hält, daß es überhaupt wenig Notiz von ihnen nimmt, wohl aber alles, was Beamter heißt, mit zweideutigen Blicken anzusehen, bei solchen Regierungs-Maßregeln eine Veranlassung mehr erhält! —

§. 46.

3) Die zu vermeiden gesuchte Collision liegt weder absolut noch einzig in der fraglichen Verbindung.

Aber man wird mir einwenden, indem ich eine Collision der Pflichten und des Interesse des Richters auch nur als möglich einräume, so sey eine Vertheidigung der Einrichtung gar nicht mehr möglich. — Darauf sage ich: wenn mit der Reform, wovon die Rede ist, dem Uebel von Grund aus abgeholfen wird, so hat man Recht; wenn wir aber nur Mangelhaftes gegen Mangelhaftes vertauschen, statt des unvollkommenen Alten ein unvollkommenes Neues setzen, so hat man nicht recht. Es ist bisher gezeigt worden, daß wir mit dem zu entfernenden Uebel auch manches Gute entfernen, das die Einrichtung hat; das Uebel ist auch nicht so allgemein, so einzig bloß in dieser Gewalts-Vereinigung zu suchen; das Surrogat kann das größere Uebel werden, zumal wenn die Wahl des Verwaltungspersonals beschränkt ist. Hierbei will ich noch mit wenigen verweilen.

Will man nicht annehmen, daß der Richter durch die Concurrenz bei den nicht streitigen Rechtsgeschäften von selbst Mitinteressent werde; so ist es einleuchtend, daß er nur ausnahmsweise ein Interesse dabei haben kann, ob dasselbe rechtlich bestehe oder nicht. Betrifft der Streit nur den materiellen Theil des Geschäfts, was der gewöhnlichere Fall ist, so fällt jedes Interesse von selbst weg, da der Richter nicht für die materiellen Festsetzungen der Parteien haftet und haften kann, weil ihm dießfalls jeder Einfluß versagt ist und seyn muß. Er hat nur für die Beobachtung der Form einzustehen, und kann also auch nur deßfalls verantwortlich gemacht werden.

Tritt aber dieser Fall ein, so erscheint der Richter für sich selbst recusabel. Fälle dieser Art, wo ein Perhorrescenz-Grund gegen einen Richter eintritt, sind aber überhaupt unvermeidlich, so lange die Richter als Menschen der menschlichen Gesellschaft angehören. Sollte der Richter hier nicht von selbst seines Amts sich enthalten und das Hinderniß der Oberbehörde anzeigen, wozu er allerdings verpflichtet ist[123]), so wird dieß gewiß die Partei, welcher hierbei Gefahr droht, nicht unterlassen. Ueberdieß ist der Fall, daß der Richter aus Handlungen oder Unterlassungen verantwortlich, und bei der Verwaltung seines Amts betheiligt seyn kann, selbst bei seiner Beschränkung auf die streitige Rechtspflege nicht ausgeschlossen, hier aber noch von bedenklicherer Art. Man denke sich, wie leicht der Richter um die Folgen eines Versehens oder einer Verzögerung, z. B. bei Anlegung eines Arrests, bei Verhängung eines Sequesters, bei der Immission eines Gläubigers oder Vollstreckung der Exekution rc. von sich abzuwenden, versucht werden kann, wider seine bessere Ueberzeugung zu verfahren oder zu erkennen. Dieß kann geschehen entweder gegen den Kläger oder gegen den Beklagten, und zwar durch ein strengeres oder ein laxeres Benehmen in Beziehung auf den bedenklichen Anspruch, je nachdem auf die eine oder die andere Weise das Versehen am schicklichsten wieder gut zu machen, wenigstens in seinen Folgen unschädlich zu machen ist. Denn so wie dem Bürgen daran liegt, daß der Gläubiger, es sey durch Befriedigung von dem Prinzipalschuldner oder wie sonst immer (allenfalls auch durch Gel-

---

123) v. Gönner's Handb. I. n. XII. §. 1. fine.

tendmachung tilgungstüchtiger Einwendungen,) ihm von dem Halse geschafft werde; so tritt das nämliche Verhältniß bei dem subsidiarisch verpflichteten Richter ein. Auch ihm muß es daher daran gelegen seyn, daß die Forderung, womit ihm ein Regreß bevorsteht, koste es was es wolle, von dem eigentlichen Schuldner beigetrieben, im Concurse ihr eine günstige Stelle zu Theil werde u. dgl. oder daß sie ganz als illiquid erscheine. So wie wir aber auch für diese Fälle das Palladium der Rechtssicherheit in den geordneten Instanzen haben, so ist man dadurch eben so gegen die Willkühr eines aus Handlungen oder Unterlassungen bei seinen Amtsobliegenheiten in nicht streitigen Sachen befangenen Richters gesichert.

Hierbei darf man übrigens auch nicht unbemerkt lassen, daß wenn den Gerichtsbeamten eine Aufsicht und Controlle in Rücksicht der die Geschäfte der nicht streitigen Gerichtsbarkeit verwaltender Behörden zur Pflicht gemacht ist, wenigstens zum Theil die Besorgniß eintritt, die man durch die Trennung zu entfernen wünscht, sofern als jene Gerichte wegen vernachlässigter Aufsicht in Anspruch genommen werden können. Dieses ist aber der Fall in Baiern, rücksichtlich der den Landgerichten zur Pflicht gemachten Aufsicht auf die Patrimonialgerichte zweiter Classe [124]), eben so im Großherzogthum Hessen bei den Landgerichten gegen die Stadt und Landschreibereien [125]), und im Würtembergischen bei den Ober-

124) Edikt über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit vom 26. Mai 1818. §. 68.

125) Neue Civilprozeßgesetzgeb. rc. I. Heft, S. 7.

amtsrichtern gegen die Ortsobrigkeiten und Gerichts-Notarien[126].

Hierzu kommt aber auch noch, daß wenn mit den Handlungen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit den Gerichten nicht auch andere Zweige der Justizverwaltung, namentlich das Pupillenwesen abgenommen und auch dafür eigene Behörden angeordnet werden, wieder nur theilweise geholfen ist, weil bei dem klagbar oder vertheidigungsweise zur Sprache gebrachten Interesse des Pflegbefohlnen das Interesse des Richters als Obervormundes auf gar mannigfaltige Weise mit seinen Pflichten als Richter sich kreuzen kann.

Ueberhaupt hält es wohl schwer zu bestimmen, und die Fälle zu zählen, wo der Richter als Mensch, als Theilnehmer des zu unzähligen Berührungen und Verkettungen der Interessen Anlaß gebenden bürgerlichen Vereins, wo der Richter, sage ich, als Mensch und als Pfleger der Gerechtigkeit, die des Ansehens der Person und eigenen Vortheils uneingedenk seyn soll, sich begegnen können. Soll man gar nicht auf seine Unbefangenheit, nicht mehr auf sein Pflichtgefühl rechnen dürfen, so mache man nur keine Menschen zu Richtern! — Und ist denn ganz und gar alles Bedenken entfernt, wenn einem Notar oder wie die Behörde heißt, welcher ausschließlich die Geschäfte der nicht streitigen Angelegenheiten der Staatsbürger zur Leitung und Befestigung übertragen werden, — wenn diesen die Besorgung des Wohls der sonst unberathenen Parteien

---

126) Organis. Edikt über die Rechtspflege in den untern Instanzen, §. 94. 190. 192.

anvertraut wird? Ist denn gerade bei diesen aller Verdacht einer Collision der Interessen entfernt, und dagegen bloß bei dem Richter die Gefahr einer Versuchung vorhanden, trotz dessen daß, man mag sagen, was man will, der Richter denn doch als auf einer ungleich höhern Stufe der Integrität stehend angenommen werden muß! — Dem Staatsbürger ist doch wahrlich nicht allein damit gedient, daß er bei streitigen Rechtsverhältnissen im Wege des Prozesses mittelst eines gerechten Richterspruchs Schutz finde, — oft eine sera medicina! — Er will, daß sein Rechtsgeschäft, wozu er der Leitung gewisser Organe der öffentlichen Gewalt bedarf, so befestigt werde, daß daraus keine Prozesse entstehen, und nicht genug; er erwartet auch, daß er bei einem solchen Geschäft nicht vom Anfang an, oft unheilbar, gefährdet werde, wohl gar durch das nämliche Subjekt, dem er sich vertrauend übergeben muß. — Schafft man aber Dienststellen, die sich bloß und ausschließlich mit den Handlungen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit abgeben, so ist neben der Wissenschaftlichkeit auch wohl die Sittlichkeit in Gefahr, wenn ich auch zugeben will, mit Ausnahmen. Es ist eben keineswegs so ganz wider Vernunft und Erfahrung, anzunehmen, daß die stete Bewegung in einer Art von mechanischem Dienste mit dem scientivischen auch den moralischen Schlendrian erzeugt, daß die Einförmigkeit allmählig eine gewisse Abgestumpftheit und diese wieder eine Gleichgültigkeit gegen das was groß und edel im Dienste der Menschheit ist, bewirken, und daß endlich das ewige Treiben im pecuniären Verkehr, und bloß in diesem, nach und nach die Begierde rege machen muß, selbst auch an Plutus Wohlthaten Theil zu nehmen, die fort und fort der Gegenstand unserer

Beschäftigung für **Andere** ausmachen. Wenn aber die Gelegenheit so gar zu bequem und verführerisch ist, wer tritt auf, und wirft einen Stein auf denjenigen, der ihr einmal unterliegt? Und wenn es vollends nicht baare Verunglimpfung ist, „daß die „Mehrheit der französischen Notarien am Marke „des Volks sauge; daß in der Regel der französische „Notair ein wuchernder Banquier sey, der von „dem armen Schuldner durch mancherlei Kunstschliche „mehr Zinsen ziehe, als der Gläubiger und Mäckel„jude" 127); wenn es ferner nicht auf den Namen sondern auf die Gelegenheit zu sündigen ankommt, wobei einen Land- oder Stadtschreiber, oder wie er sonst heißt, wohl eben so leicht eine böse Lust anwandeln kann, wie einen Notär: wie könnte sich der Deutsche wünschen, seine Justizverfassung **auf diese Weise** verbessert zu sehen?

§. 47.

4) Dem Staate werden neue Lasten aufgebürdet, was nicht bloß in finanzieller Hinsicht bedenklich ist.

Wer die Welt nimmt, nicht wie sie ist, sondern wie sie seyn könnte, dem wird freilich der von den Finanzen entlehnte Grund gerade als der schwächste vorkommen. Allein in seinen Folgen kann er leicht der wichtigste werden. So lange wir nämlich bei den Einrichtungen im Staate uns nicht bloß fragen dürfen, welche allen Forderungen am meisten entsprechen, also die beste seyn mag, sondern auch unsere Mittel und die Finanzkräfte erwägen müssen,

---

127) **Genslers** Beitrag zu der Gesetzgebung für die Verfassung der deutschen Gerichte rc. Heidelb. 1818. S. 22.

weil es sonst in der That so schwer nicht hielte, gar manches besser zu machen, was wir wegen der leidigen Abhängigkeit von den Mitteln so lassen müssen, wie es ist: so müssen wir uns auch gefallen lassen, wenn die Finanzbehörden von uns fordern, daß wir nicht ohne höchste Noth den Personal-Etat der Justizverwaltung vergrößern. Doppelt schlimm aber wäre es, wenn wir wegen Beschränktheit der Mittel uns nach der Decke strecken und für die Administration der Geschäfte des nicht streitigen Ressorts mit minderfähigen Subjekten vorlieb nehmen müßten, weil sie — wohlfeiler sind. So könnten wir ein mögliches oder auch wahrscheinliches Uebel, die Collision des Interesse des Richters mit seinen Pflichten vermeiden wollen, und ein gewisses herbeiführen, eine in ihren Folgen nicht zu berechnende schlechte Verwaltung eines für die bürgerliche Gesellschaft so entschieden wichtigen Zweigs der öffentlichen Fürsorge.

Soll aber auch nicht an den Organen gespart werden, so wird man doch glauben, etwa durch Vergrößerung der Bezirke den Ausfall decken zu können. Statt daß also bisher ein Untergericht mit vereinigter richterlicher Gewalt auf einen Bezirk von 15000 Seelen sich ausdehnte, so wird man es nun auf wenigstens 24000 ausdehnen zu dürfen meinen, weil dem Gericht nun viele Erleichterung zugegangen sey. Wahr ist es; Erleichterung geht ihm zu, und dieß nicht allein durch Abnehmung einiger Verwaltungszweige allein, sondern auch dadurch, daß es dem Anlaufe der Rechtsuchenden minder ausgesetzt ist. Es giebt kein besseres Mittel, dem Bauer das Klagen zu verleiden, als wenn er recht weit in das Amt gehen muß. Man bedenke übrigens, daß die

24000 Gerichtsinsassen nicht wie auf einem Teller um den in der Mitte sich befindenden Gerichtssitz herum wohnen; daß man diese Gerichtssitze nicht überall in dem Mittelpunkt aufschlagen kann; daß also von der unförmlich ausgedehnten Peripherie mancher, zumal in minder bevölkerten Gegenden 8 und 10 Stunden weit zu laufen haben kann, um seines Richters habhaft zu werden. Aber es ist doch wohl unstreitig die Sorge, bequem und leicht den Rechtsschutz haben zu können, nicht die letzte bei jeder neuen Gerichtsorganisation.

§. 48.

Resultat.

Ich ziehe aus allen den Schluß:

Die Trennung der nichtstreitigen von der streitigen Gerichtsbarkeit mag zweckmäßig seyn, wenn der abgetrennte Zweig oder die Geschäfte der erstern subjektiv gut organisirt, und dafür theoretisch und praktisch formirte Männer aufgestellt werden; es ist aber rathsamer es bei der Vereinigung beiderley Verwaltungs-Ressorts zu lassen, wenn die neuanzuordnenden Behörden das nicht zu leisten vermögen, was man von der neuen Einrichtung erwarten muß, wenn sie durchaus als die bessere gelten soll.

So viel von diesem Gegenstande, und zum Beschlusse noch die treffenden Worte Erhards in der Einleit. zur Uebersetzung von Napoleons Civ. Ger. Ord. S. VII. „In keinem Theile der Gesetzgebung, sagt er, ist die Umstürzung einer seit Jahrhunderten

gangbaren Organisation bedenklicher als bei der Gerichtsordnung, und es ist überhaupt heilsamer, mit steter Hinsicht auf die reinsten Grundsätze der Gesetzgebung, das Alte der Vollkommenheit allmählig zu nähern, als mit kühner Hand Alles einzuwerfen, was Gebrauch und Sitte geheiligt haben, was der Nation bekannt und durch vieljährige Anwendung mit dem gewohnten Geschäftsgange verwebt und verkettet ist. — Einer ganz neugeschaffnen Form hat die Erfahrung den Stempel der Zweckmäßigkeit noch nicht aufgedrückt; noch hat man sie nicht im Gange gesehen. Keine menschliche Weisheit vermag alle die neuen Uebel zu ahnen, die aus dem neuen doch auch menschlichen, also mangelhaften Werke hervorgehen können, noch vorauszusehen, auf welche Art die nie ruhende erfinderische Chikane dem Gesetze beikommen werde. Und wie oft hat nicht die Erfahrung gelehrt, daß die gänzliche Umschaffung der Formen, so glänzend auch dabei die Erwartungen waren, doch am Ende auf nichts hinauslief, als auf Eintauschung neuer bisher unbekannter Mißbräuche und Gebrechen gegen alte und bekannte! — Nein die alte Form, wenn sie nicht völlig zwecklos und unvernünftig ist, hat ewig vor einer ganz neugeschaffnen Eins voraus: die bereits daran bewährte Erfahrung von Jahrhunderten! —— Wo neue Geschäfte, Sitten und Verhältnisse Aenderungen gebieten, da wird der weise Gesetzgeber das Fehlende ergänzen, und mit dem bisher Gültigen in Uebereinstimmung zu bringen wissen. Er wird gern des kleinen Ruhms einer neuen Schöpfung entbehren, und mit weiser Hand da bessern, wo nur immer das gänzliche Zerstören und Umwerfen des Alten vermeidlich ist. — Die Eitel-

keit, etwas Unerhörtes zur Welt zu bringen, kann allenfalls dem Philosophen bei Darstellung eines Ideals verziehen werden; aber den Gesetzgeber muß sie nicht quälen. Wenn jenen vielleicht morgen ein scharfsichtiger Gegner widerlegt, oder die rückkehrende mens sana seiner Nachbeter lächerlich findet: so ist Schande und Nachtheil sein; **aber der Gesetzgeber macht seine Versuche am Wohle ganzer Völker und Generationen.**"

Verbesserungen.

Zu Seite 5 kann man zur Ergänzung der Literatur noch beifügen:

C. A. Beck diss. de officio judicis nobili et mercenario. Ien. 1733.

I. F. Wahl prog. de justis cancellis, quibus officium judicis vel jus dicentis in adjuvando actore per libelli interpretationem secundum aequi rationem et jus scriptum Caes. et Pontif. circumscribitur Goett. 1752.

Seite 13. Zeile 2. setze: (§. 19.)
— 94. — 6. ließ juri.
— 95. — 15. — bei einer dergleichen.

Friedrich Sauer.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Puchta, Wolfgang Heinrich,

Ueber die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen

Nürnberg 1819

J.pract. 242 i
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554569-7